القانون الدولى الخاص

فى أوروبا وفى مصر

تأليف (GOAL)

الاستاذ الدكتور

عبد الحميد أبو هيف

وكيل مدرسة الحقوق الملكية

ومدرس المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولى بها

ومؤلف كتاب « المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر »

وكتاب « طرق التنفيذ والتحفظ فى المواد المدنية والتجارية فى مصر »

وصاحب « التكييف القانونى لمشروع قواعد الاتفاق بين بريطانيا العظمى ومصر »

ومحام أمام محكمة الاستئناف العليا

قرر مجلس ادارة مدرسة الحقوق الملكية تقرير هذا الكتاب

فى « أساسه » الانجليزى لدراسة القانون الدولى الخاص بالسنة الرابعة بها

وصادقت وزارة الحقانية على ذلك القرار

مطبعة الاعتماد بشارع حسن الأكبر بمصر

١٣٤٢ — ١٩٢٤

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه الكريم

مقدمة الكتاب

القانون الدولى الخاص مادة كثرت فيها المؤلفات واختلف فيها الكتاب اختلافاً كبيراً من حيث الطريقة فى التأليف والتفكير وعلى الخصوص من حيث وجهة النظر التى يتوخونها وهى مادة قد تغيرت طرق البحث فيها من زمان الى زمان ومن بلد الى بلد بحسب الظروف الاجتماعية والسياسية والقانونية وتشعبت فيها النظريات تشعباً يفوق الوصف وكثرت فيها المناظرات والمجادلات بحسب الظروف المذكورة حتى أصبح من المستحيل على من يريد الالمام بهذه المادة أن يرتكن الى أى مؤلف واحد أو الى عدد قليل من المؤلفين فيها

وهى مادة تحتاج فى كشف معماها الى معرفة طائفة كبيرة من الأصول والقواعد المتبعة عملا فى سائر أقطار المعمورة والتى كثيراً ما تختلف باختلاف قوانين تلك الأقطار وعاداتها وما تحكم به محاكمها .

وهى مادة حية نمت فى العصور الوسطى وازداد نماؤها بزيادة اتصال الأفراد فى بلد ما بأمثالهم فى البلاد الأخرى ونمو العلاقات التجارية والمدنية والشخصية بين الأفراد المذكورين : كلما ازداد العمران وسمح للأجانب بالتعامل مع أهالى

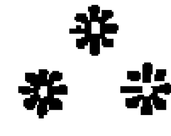
البلاد المختلفة والدخول فى صلات المصاهرة معهم ازدادت الحاجة الى تعرّف القواعد التى تحكم تلك الصلات: فهى مادة عملية فى منتهى الأهمية وتعرّف قواعدها من الصعوبة بمكان نظراً لنشوء تلك العلاقات من قبل أن يوجد تشريع خاص يحكمها

على أن أكثر البلاد التى قطعت شوطاً كبيراً فى اقرار حقوق الأجانب فيها وتسهيل المعاملات معهم لم تضع للآن قواعد كاملة للحكم فى المسائل التى تنشأ عن علاقات يكون فيها عنصر أجنبى ولا ينتظر أن يوجد فى أى بلد من البلاد تشريع كامل أو واف بالحاجة نظراً لقيام ظروف متنوعة وموانع مختلفة تحول دون ذلك. ومَن وضع من المشرعين الحديثين بعض قواعد للقانون الدولى الخاص ليطبقها القضاة فى بلده فقد وضعها بصفة قواعد عامة تحتاج هى أيضاً فى فهمها وتطبيقها والتفريع عنها الى دراسات طويلة تاريخية وقانونية والى مقارنات كبيرة لاستنباط الأحكام فى المسائل التى لم يرد فيها نص خاص: فكانت لذلك دراسة القانون الدولى الخاص فى تاريخه وتطوره فى الأقطار المختلفة واجبة وجوباً مطلقاً رغم النصوص التشريعية التى قد توجد فى الموضوع

وتزداد صعوبة دراسة القانون الدولى الخاص فى مصر بالنظر الى المعاملات الاستثنائية المختلفة التى يتمتع بها الأجانب عندنا فيما يختص بالمحاكمات الجنائية وببعض المسائل المدنية، وبالنظر الى خضوع طائفة كبيرة من المسائل القانونية لأحكام الأديان المختلفة والقوانين الأجنبية المختلفة الخاصة بالأجانب: تلك هى مسائل الأحوال الشخصية التى لم يكتف نظامنا الحاضر بأن جعلها خاضعة للقانون الشخصى مصرياً كان أو أجنبياً بلا قيد ولا شرط بل جعلها أيضاً داخلة فى اختصاص محاكم شخصية تجلس للحكم فى مصر بجانب المحاكم المصرية الأخرى

لذلك كان من المفيد لدراسة القانون الدولى الخاص فى مصر أن نبين أولاً حالته فى البلاد الأخرى ثم نأتى على أثر ذلك ببيان الحالة فى مصر حتى يقف القارئ على مقدار مسافة الخلف بين الحالة عندنا والحالة عندهم ويكون فى ذلك درس

مفيد لطلاب الاطلاع وطلاب الاصلاح فى وقت قطعت فيه مصر شوطاً كبيراً فى التقدم من الوجهة العمرانية ومن الوجهة السياسية



لم نتقيد فى وضع هذا الكتاب بمؤلف معين أو بكتاب معين أو بكتب بلد معين بل توخينا بيان المادة كما تظهر لمن اطلع على ثمرات أفكار مختلف العلماء فى مختلف البلدان

ولم نشأ أن نخلط بين الوجهة النظرية والوجهة العملية — لذلك قسمنا هذا الكتاب الى كتب متعددة تسبقها مقدمة لدراسة العلم نفسه

ويلى هذه المقدمة أربعة كتب :

الأول فى النظريات العامة أو المبادئ الأولية

الثانى فى تنازع القوانين والاختصاص ويشتمل على خلاصة علم الغرب فى موضوع القانون الدولى الخاص وتاريخه وما دار فيه من المناظرات والنقد وهذا هو القسم العلمى الذى لا يمكن بدونه ادراك حكمة مشروعية الحلول التى تعطى للمسائل التى يبحث فيها القانون الدولى الخاص والذى بدونه يتعسر استنباط الحلول العملية لأية مسألة من المسائل إذا لم يكن فيها نص خاص أو قاعدة ثابتة : لذلك يمكن اعتبار هذا القسم روح القانون الدولى الخاص وما يليه متفرعاً عنه ونتيجة لازمة له

الثالث فى دراسة الأحوال المهمة فى تنازع القوانين والاختصاص وهو الجزء العملى المشتمل على تطبيق القواعد على القضايا كما وردت فى النصوص التشريعية أو كما حكمت بها المحاكم أو أقرتها المبادئ الأكثر احتراماً وتناسباً مع حالة البلاد الأجنبية والمصرية

الرابع فى دراسة تنازع القوانين والاختصاص داخل القطر المصرى

وعلى ذلك يكون الكتابان الثالث والرابع عمليين شاملين لحل المسائل الدولية

الخاصة التى تعرض فى مصر أو التى يطلب الحكم فيها من محكمة مصرية أو أجنبية تقيم العدل فى مصر

هذا ولا يغيب عن فكر القارئ مقدار ما لاقيناه من الصعوبات فى نقل هذا العلم الى اللغة العربية وما كابدناه فى وضع الاصطلاحات المناسبة للمعانى الأجنبية الغريبة عن اللغة العربية أو الغريبة عندنا

لذلك نحن نرجو أهل العلم أن يتذكروا ببيان ما يجدونه من الألفاظ أو العبارات اكثر دلالة على المعنى أو أقرب الى الفهم حتى نتداركه والله سبحانه وتعالى ولىّ التوفيق .

راس البر فى ١٥ يوليو سنة ١٩٢٣

المراجع المهمة
فى القانون الدولى الخاص[1]

١ — الكتب العامة

(١) الكتب الفرنسية

أرمانجون **Arminjon** — Nature, objet et portée des Règles de Droit international privé, leur place dans la législation, Paris 1920.

» — Le domaine du Droit international privé, Paris 1922.

Le Droit international privé interne, Paris 1912.

بارتان **Bartin** — Etudes de Droit international privé. 1899.

دسپانيه **Despagnet et de Boeck** — Précis du Droit international privé, 5e. edition. Paris 1909

فيلكس **Foelix** — Traité du Droit international privé ou du Conflit des lois de différentes nations en matière de Droit privé, Paris 1ere éd. 1843, 4e éd. 1866

لينيه **Lainé** — Introduction au Droit international privé 2 vol., Paris 1889 - 1892

پييه **Pillet** -- Principes de Droit international privé, Paris 1903

سورڤى وأرتوى **Surville et Arthuys** — Cours élémentaire de Droit international privé, 5e éd. Paris 1910.

ڤاليرى **Valéry** — Manuel de Droit international privé, Paris 1914.

ڤارى سوميير **Vareilles - Sommières** -- La synthèse du Droit international privé, 2 vol, Paris 1897.

ڤايس **Weiss** — Traité élémentaire de Droit international privé, Paris 1890.

ڤايس **Weiss** — Traité théorique et pratique de Droit international privé, 6 vol. 2e édition. Paris 1907 - 1913

(٢) الكتب الأنجليزية

دايسى **Dicey** — A Digest of the Law of England with Reference to the

---

(١) تنبيه — ذكرنا اسماء المؤلفين وحدها فى صلب الكتاب منعاً لتكرار اسماء الكتب واذا كان لمؤلف عدة كتب واردة هنا ذكرنا اسم الكتاب المقصود منها

Conflict of Laws, 3rd ed. by Dicey and Berridale Keith London, 1922.

فوت **Foote** — Foreign and Domestic Law : A Concise Tealise on Private International Law 1 vol., 1904.

فيليمور **Phillimore** — Commentaries upon international Law 4th vol. : Private International Law, or Comity, 3rd ed. 1880

وستليك **Westlake and Bentwich** — A Treatise on Private International Law 5th ed., London, 1922 ورجوعنا فيه الى الطبعة الرابعة

(٣) الكتب الالمانية

بار **Bar (Von)** — The Theory and Practice of Private International Law, Translated by Gillespie 1892.

سافينى **Savigny (Von)** — A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in respect of Place and Time, Translation into English by Guthcrie, 1880 and into French by Guenoux

زيتلمان **Zitelmann** — Internationales Privatrecht 2 vol., Leipzig 1912

(٤) الكتب الامريكية

بيل **Beale** — AT realise on the Conflict of Laws or Private International Law, Cambridge (Mass.) 1916 First Part, 190 pages, with a full General Bibliography of about 70 extra pages

لورنس **Lawrence** — Commentaires sur les éléments du doit international privé, 3e vol.

لورنزن **Lorenzen** — Cases on the Conflict of Laws, selected from the decisions of English and American Courts, 1 vol. St. Paul, 1909

ستورى **Story** — Commentaries on the Conflict of Laws, 8th ed., 1883 by Melville Bigelow

وارتون **Wharton** — A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law, 1 vol., 2e edition, Philadelphia, 1905.

(٥) الكتب السويسرية باللغة الالمانية

ميلى **Meili** — International Civil and Commercial Law translated into English by Kuhn 1905.

» International Civil Procedure.

(٦) الكتب البلجيكية

لوران **Laurent** — Droit civil international, 8 vol. 1881

رولان **Rolin** — Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code Civil, 3 vol.

(٧) الكتب الهولاندية

آسر **Asser** — Eléments de Droit international privé ou des conflits des lois, traduit par Alphonse Rivier, Paris 1884.

يتا **Jitta** — La méthode du Droit international privé 1890

» La renovation du Droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain, La Haye 1919.

(٨) الكتب الايطالية

فيور **Fiore** — Le Droit international privé, traduit par Antoine, 4 vol., Paris 1907

مانشيني **Mancini** — Della nazionalità come fondamento delle genti, 1851.

٢ — الكتب الخاصة بمواضيع معينة

ارستارشي بك **Aristarchi Bey** — Législation Ottomane, 6 vol, Constantinople 1873 - 1881.

ارمانجون **Arminjon** — Etrangers et Protégés dans l'Empire ottoman Paris 1903.

II — Les Qualifications légales en Droit international privé, Revue de Droit international et de Législation comparée 1923, No. 2 et. 3 p. 272-290

بركات بك **Barakat Bey** — Les privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte, Paris 19:2

دو روزاس **Du Rausas** — Le Régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman, 2 vol. 2e ed. 1910 - 1911

سيداروس بك **Sidarouss Bey** — Les Patriarcats dans l'Empire Ottoman, et spécialement en Egypte, Paris, 1906.

ينج **Young** — Corps de Droit Ottoman 7 vol., Oxford 1905.

قانون البوليس المصرى طبعة ١٩٠٦

مجموعة القوانين الادارية والجنائية لوزارة الداخلية ١٩١٤

قانون مصلحة الجمارك المصرية

٣ — المجلات المهمة

كلونيه Journal du Droit international privé par **Clunet** à partir de 1874, continué par André Prudhomme depuis 1923

مجلة القانون الدولى ومقارنة الشرائع Revue de Droit international et de Législation comparée

مجلة القانون الدولى الخاص والقانون الجنائى الدولى Revue de Droit international privé et de Droit pénal international, fondée par Darras en 1905, continuée par de Lapradelle

٤ — النشرات المهمة

نشرة التشريع الاجنبى Annuaire de Législation étrangère publiée par la Société de Législation comparée, à partir de 1873

وتنشر ترجمة فرنسية للقوانين الاجنبية التى تصدر كل عام فى مختلف البلدان وقد صدر منها عدد عظيم وعليه تعليقات قيّمة

مجموعة جمعية مقارنة الشرائع Bulletin mensuel de la Société de Legislation compareé depuis 1892

وتصدر فى سبعة اجزاء كل سنة وتشتمل على دراسات تحليلية وانتقادية للنظامات القانونية الاجنبية

المراجع الأساسية فى القانون الدولى العام

هول **Hall** — A Treatise on International Law, 1 vol. Oxford 1917.

لورنس **Lawrence** — The Principles of Public International Law 1 vol. London 1910.

أوبنهايم **Oppenheim** — International Law 2 vol London 1921.

وستليك **Westlake** — International Law, 2 vol. Cambridge 1904-1907.

هايد **Charles Cheney Hyde** — International Law chiefly as applied by the United States. 2 vol. Boston 1922.

فوشيل **Fauchille** - Traité de Droit international Public, Paris 1922

تنبيه هام : لمعرفة سائر الكتب والمقالات والرسائل فى القانون الدولى الخاص يرجع الى كتاب « ڤايس » الجزء الثالث وهى منشورة فى نحو سبعين صفحة وكذلك يرجع الى كتاب « بيل » وهى مفصلة فى نحو سبعين صفحة أيضاً

جدول الرموز

ص ١٥ "	=	صفحة ١٥ من هذا الكتاب وما بعدها
بند ٢٥ "	=	بند ٢٥ من هذا الكتاب وما بعده
٧٧/٥٤ مدنى	=	مادة ٥٤ مدنى أهلى ومادة ٧٧ مدنى مختلط التى تقابلها
س	=	حكم صادر من محكمة الاستئناف الأهلية
س م	=	» » » » المختلطة
حس	=	حكم استئنافى صادر من محكمة كلية
ل ت م أ	=	لائحة ترتيب المحاكم الأهلية
ل ت م م	=	» » » المختلطة الجزء الأول
ل ت م ش	=	» » » الشرعية
مج١٢ص١٠	=	المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية السنة الثانية عشرة صفحة ١٠
مج ت م	=	مجموعة التشريع والقضاء المختلطة .B. L. J
مج ر م	=	المجموعة الرسمية المختلطة .R.O
جازيت ١٠	=	جازيت المحاكم المختلطة المصرية السنة العاشرة
المرافعات	=	كتابنا فى المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى الطبعة الثانية
التنفيذ	=	» » طرق التنفيذ والتحفظ الطبعة الثانية
ت م	=	تجارى مختلط
م م	=	مدنى مختلط
ت ج م	=	تحقيق جنايات مختلط

تنبيه : جعلنا أرقام الحواشى متسلسلة فى البند الواحد وذكرنا رقم البند فى قوس مربع [ ] قبل أرقام حواشيه تسهيلا للرجوع اليها

منهج الدراسة فى القانون الدولى الخاص
فى مدرسة الحقوق الملكية

عموميات — مبادئ أولية — موضوعه — تعريفه — تاريخ منشئه ؛

الموطن والجنسية ؛

الجنسية ؛

الجنسية العثمانية (التجنس بها — تغييرها — فقدها — الحصول عليها ثانية) ؛

الحماية — الرعوية المحلية ؛

معاملة الاجانب فى مصر ؛

الامتيازات — العوائد المتبعة فى مصر ؛

تنازع القوانين ؛

الاحوال الشخصية للاشخاص، للجمعيات والاشخاص الاعتبارية الاخرى ؛

العلاقات العائلية والحقوق الشخصية الاخرى ؛

الميراث ؛

ترتيب الحقوق العينية ؛

العقار ؛

المنقول ؛

الالتزامات ؛

العقود (قواعدها العمومية — الآراء المختلفة) ؛

مناشئ الالتزامات الأخرى — انتهاؤها ؛

أشكال التصرفات الاختيارية ؛

الاختصاص والاجراءات ؛

تأثير الاحكام القضائية والادارية الصادرة من الدول الاجنبية ؛

الافلاس .

مقدمة

لدراسة القانون الدولى الخاص

---

١ — تختلف مصر عن الاقطار الاوروبية والامريكية بوجود الامتيازات الاجنبية وبعدم وجود قانون وطنى للاحوال الشخصية لكل المصريين أو لكل طائفة معينة منهم تسكن جزءا معيناً من القطر المصرى . لذلك كانت سلطة الحكومة المصرية على القاطنين فى مصر محدودة وكانت سلطة المحاكم المصرية محدودة بالتبعية وسلطان القوانين المصرية محدوداً كذلك — بعكس البلاد الاوروپية والامريكية فان سلطان المحاكم والقوانين فيها شامل لكل من يوجد فيها من الاشخاص أجنبياً كان أو وطنياً وشامل للاحوال الشخصية كما هو شامل للاحوال العينية

لذلك كان من المفيد الكلام أولا على حالة القانون الدولى الخاص فى البلاد المتمتعة بكامل سلطتها على الوطنيين والاجانب والتى لمحاكمها الموحّدة سلطان كامل على مسائل الاحوال الشخصية والاحوال العينية على السواء ثم الكلام على الحالة فى مصر بعد ذلك

الفصل الأول

القانون الدولى الخاص

فى أوروپا وأمريكا

٢ — القانون الدولى الخاص مادة كثر الخلاف على تعريفها كما كثر الجدال فى صحة اسمها وفى هل يؤدى المعنى المقصود منه تماماً . كذلك اختلف

فى موضوعه وما يبحث فيه وما ينطوى تحت ذلك البحث وما لا ينطوى تحته

تعريف القانون الدولى الخاص

٣ — التعريف . تعددت التعاريف ، وليس من المفيد اختيار تعريف منها أو اثنين بل المفيد ايراد عدد كبير منها حتى تظهر من خلاله حقيقة المراد بالمادة التى ندرسها

قال وستليك (الاستاذ بجامعة كمبردج ، ص ١) انه ذلك القسم من القانون الوطنى الذى ينشأ عن وجود محاكم متعددة فى العالم لكل منها اختصاص اقليمى (١) معين ، ويحكم كل منها بمقتضى قانونه الخاص به

وقال دايسى (الاستاذ بجامعة اكسفورد ، ص ١٥) انه القواعد التى تعتبرها محاكم بلد معين وتحكم بمقتضاها لاختيار القانون الذى يجب أن يطبق فى القضايا التى يكون فيها عنصر أجنبى وكذلك القواعد التى تقرها وتحكم بمقتضاها لتحديد اختصاصها هى ، بوجه عام ، أو اختصاص غيرها من المحاكم

وقال فيليكس (الذى ظل كتابه الحجة الكبرى فى فرنسا نحو خمسين عاماً ص ٢) ان القانون الدولى الخاص هو مجموعة القواعد التى يحكم بها فيما يحصل النزاع فيه بين قوانين الامم المختلفة فى الجزء الخاص منها

---

[٣] (١) الاقليم فى العرف قسم من الارض يختص باسم ، ويتميز به عن غيره . فمصر اقليم والشام اقليم واليمن اقليم وهو لفظ معرب وقيل عربى مأخوذ من قلامة الظفر لانه قطعة من الارض (قاموس اقرب الموارد ، لفظ قلم) وقد اخترنا لفظ الاقليم للدلالة على المعنى المقصود بلفظ Territoire وهو متسع من الارض تابع لدولة أو مديرية او مدينة او لاختصاص محكمة من المحاكم او ملك من الملوك أو نحو ذلك Etendue de terre qui dépend d'un empire, d'une province, d'une ville, d'une juridiction etc. ؛ ولفظ اقليمى للوصف وهو Territorial والاقليمية Territorialité والخروج عن الاقليم Extraterritorialité هذا والمفروض اصطلاحا فى القانون الدولى الخاص ان الاقليم قسم سياسى من الارض أو قسم ذو نظام قانونى أو قضائى معين

وقد تكون كلمة « أرض » قريبة ايضاً فى الدلالة على المقصود وكذلك لفظ قطر ودار ولكن لفظ اقليم هو الأقرب الى المعنى المقصود . ومتى فهم أن تحديده من الوجهة السياسية أو القانونية جوهرى فانه يؤدى المعنى المطلوب تماماً

وقد تكون كلمة « محلى » أقرب لفظ لمعنى النعت territorial ولكنا نفضل الاصطلاح على لفظ اقليمى حتى لا يحصل لبس مع لفظ Local ولزيادة الايضاح راجع بند ٦٥ فى « الاقليم »

وقال پيّيه (الاستاذ بجامعة پاريز ، ص ٧) انه العلم الذى موضوعه تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد تنظيما قانونياً

وقال ڤاليرى (ناظر كلية مونپلييه ص ٣) انه ذلك الجزء من القانون الذى موضوعه صلات القانون الخاص التى يكون فيها عنصر أجنبى

وقال ڤايس (الاستاذ بجامعة پاريز ، ص ٣٠ رومانى من المختصر) انه مجموعة القواعد الموضوعة لحل التنازع الذى يمكن أن يحصل بين دولتين مستقلتين بخصوص قوانينهما الخاصة أو المصالح الخاصة برعاياهما

وقال دسپانييه (الاستاذ بجامعة بوردو ، ص ١٩) انه القواعد التى يجب اتباعها فى تنازع القوانين الخاصة ، بين الحكومات المختلفة

وقال ميلى (الاستاذ بجامعة زوريخ بسويسره ، ص ٧) ان القانون الدولى الخاص يشتمل على مجموعة القواعد والمبادئ القانونية الخاصة التى تفصل بين محاكم الامم المختلفة وقوانينها اذا ما نشأ أو خيف أن ينشأ نزاع أو تنافس بين تلك المحاكم أو القوانين بسبب الصلات القانونية بين الأفراد

وله أيضاً : ان القانون الدولى الخاص عبارة عن ذلك الجزء من القانون الخاص الذى تناسقت قواعده بحيث ان صلة من الصلات القانونية يمكن أو يجب أن يرجع فيها الى القوانين المحلية لمحكمة معينة أو لمحاكم أخرى مستقلة حتى تفصل فى أصلها وصحتها وأثرها وانقضائها

وقال آسر (الاستاذ بجامعة أمستردام ، § ١) انه مجموع المبادئ التى تبين أى القوانين يطبق على الصلات القانونية التى تنشأ بين أشخاص تابعين لحكومات مختلفة أو بالنسبة لأعمال حصلت فى الخارج أو بالاختصار فى كل الأحوال التى يكون فيها محل لتطبيق قانون حكومة معينة داخل حدود حكومة أخرى

وقال ستورى (الأستاذ بجامعة هارڤارد بالولايات المتحدة الامريكية ص ٩)

انه الاحكام الناشئه عن تنازع قوانين الامم المختلفة عند تطبيقها العملى على التجارة الحديثة والصلات الحديثة

وقال فيور (الاستاذ بجامعة نابولى بايطاليا ، ص٣) انه العلم الذى يضع القواعد التى بها يحل تنازع القوانين وتنظم الصلات المتبادلة بين رعايا الحكومات المختلفة

وقال بار (الاستاذ بجامعة جوتنجن § ١ ص ١) القانون الدولى الخاص يبين ما هو محل تطبيق النظامات القانونية واختصاص الهيئات الموكول اليها الحكم من لدن الحكومات المختلفة ، فى العلاقات القانونية الخاصة بالافراد

ويصف سافيتى (الاستاذ الاكبر بجامعة برلين ، ص ٤٥) القانون الدولى الخاص بكونه الحدود أو القيود المحلية لسلطة قواعد القانون Local limitations of the authority of the rules of law

وعرفه رولان (الاستاذ بجامعة جان ببلجيكا ، ص ١٢) بأنه مجموعة القواعد التى تحدد حقوق الاجانب وتبين حدود سلطة قوانين الحكومات المختلفة فيما يتعلق بالحقوق الخاصة

وعرفه لينيه (الاستاذ بكلية باريس ، ص ١٧) بأنه القانون الذى يتكلم عن الجنسية وينظم علائق الحكومات فيما يختص بحالة رعايا كل منها من الوجهة القانونية ويبين مقدار سلطان أحكام محاكم كل منها وسلطان الاعمال الرسمية التى يقوم بها موظفوها وعلى الخصوص يبين تنازع قوانينها

وقال زيتلمان الاستاذ بجامعة بون Bonn فى المانيا (ص ١) انه القواعد القانونية التى تبين أى قانون من القوانين المتعددة المعمول بها فى الجهات المختلفة يجب تطبيقه على قضية معينة خاصة بالأفراد ، و بتعبير آخر هو القواعد القانونية التى تتعلق بتطبيق القوانين الخاصة من حيث المكان أو قواعد تطبيق القانون بالنسبة للمكان

وقد أخذ بيل (الاستاذ بجامعة هارفارد ص ١) بهذا التعريف الاخير المختصر وقارن بين تطبيق القانون من حيث المكان و بين تطبيقه من حيث الزمان

(بند ٥ هنا) وقد جمع سافينى بين الموضوعين فى كتابه الجليل حيث درس « الحدود المكانية والزمانية للقانون » فاشتمل الكتاب على دراسة القانون الدولى الخاص ونظرية استناد القوانين أو عدم استنادها ، فى آن واحد (بند ٥)

خلاصة التعاريف

٤ — يفهم من مجموع هذه التعاريف أن القانون الدولى الخاص هو جزء من قانون كل أمة من الأمم [١] وان هذا الجزء يحكم صلات الافراد فيما بينهم أى الصلات الفردية [٢] دون الصلات الدولية التى هى صلات بين دولة ودولة والتى هى موضوع دراسة القانون الدولى العام [٣] وأنه يفصل فى الصلات التى يكون فيها عنصر أجنبى تمييزاً لها عن الصلات التى تحصل بين رعايا دولة واحدة داخل حدود تلك الدولة وعلى منقولات أو عقارات داخلة ضمن حدودها كذلك فان هذه الصلات الاخيرة ليس فيها عنصر أجنبى ولذلك يحكمها قانون تلك الدولة بصفة مطلقة ومن كل الوجوه وهى الصلات التى وضع لها فى الأصل ذلك القانون — بعكس الصلات التى يكون فيها عنصر أجنبى فانها استثنائية ويوضع لها قواعد خاصة تكون جزءاً من قانون الدولة ويحكم بها قضاتها وهى التى يعبر عنها بقواعد القانون الدولى الخاص المعروفة فى تلك الدولة

---

[٤] (١) ينازع بعض العلماء فى هذه النقطة مدعين بان القانون الدولى الخاص ليس جزءاً من قانون أى بلد بمعنى ان قواعده لا تتوقف على ارادة اى دولة لانه لا يصح لدولة ان تعتبر قوانينها مطلقة السلطان غير ملتفتة الى وجود دول أخرى لها من الحقوق مثل ما للدولة المذكورة ولذلك يقولون باستقلال قواعد القانون الدولى الخاص عن قانون أى بلد وهذا صحيح من الوجهة النظرية (فون بار ص ٢ و ٣) ولكن الواقع هو ان كل دولة من الدول المتمدينة قد قبلت بعض القواعد المناسبة لحالتها فأقرتها اما بقانون واما بالسماح لمحاكمها بالحكم بها ولو بصفة ضمنية وهذا الخلاف مبنى على وجود طريقتين لدراسة القانون الدولى الخاص سيأتى شرحهما فى بند ٢٩ ،، وسنعود الى هذه النقطة فى بند ١٩

(٢) ويدخل تحت هذه الصلات ما تكون فيه احدى الحكومات طرفا او ما يكون طرفاه حكومتين بشرط ان تكون الحكومة قد تعاملت بصفتها شخصاً مدنياً عاديا لا بصفتها سلطة حاكمة والا فان الصلات لا تعتبر فردية بل « عمومية » وتكون خاضعة فى الغالب لقواعد خاصة — قارن بار حاشية ٤ ص ١

(٣) راجع فى الفرق بين القانونين الدولى الخاص والدولى العام بند ٢٠ ،،

أسماء الدولى الخاص

٥ — الاسم : ان الاسم الذى استقرت عليه الحال الآن هو القانون الدولى الخاص Droit International privé أو Private International Law ويسميه بعضهم القانون الخاص الدولى Droit privé International او International Private Law لأنه قانون خاص قبل كل شيء أى أنه يحكم العلائق الخاصة أى التى تكون بين الافراد ، دون علائق الدول بعضها بالبعض ويكملون الاسم بلفظ « دولى » حتى يتبين انه يحكم الصلات التى يكون فيها عنصر أجنبى وحتى يتبين أن قواعده شائعة ومتشابهة فى كل الدول (١)

ويرى البعض أنه جزء من القانون الدولى العام أى المعمول به بين الدول ولكنه خاص بعلائق أفراد هذه الدول بعضهم بالبعض الآخر ، كما يرى آخرون استقلال كل من العلمين عن الآخر استقلالا تاما — وهناك آراء وسط بين الرأيين (٢) ولكن مما لا شك فيه أن العلمين يلتقيان كثيراً ويتماسان غالباً بمعنى أن بعض الاعتبارات المرعية فى القانون الدولى العام تؤثر حتما فى القانون الدولى الخاص فمثلا أهم الأسئلة التى يمكن أن تعرض فى أغلب القضايا هى ماهية الحقوق التى يعترف بها للأجانب ؛ ثم ان كثيراً من الحقوق المعترف بها فى الدولى الخاص مقرر بواسطة معاهدات وهى اتفاقات بين الدول . وأخيراً فان المعاهدات الدولية التى هى الحجر الأساسى فى بناء القانون الدولى العام كثيراً ما تتناول تقرير المصالح العامة والخاصة على السواء (٣) وما أمر معاهدة فرساى ببعيد (٤)

عند الانجليز والامريكان

ويسميه كثير من علماء الانجليز والامريكان تنازع القوانين Conflict of Laws لأن أهم ما يبحث فيه هو معرفة أى القوانين يعمل به اذا ما وجد عنصر

---

[٥] (١) دايسى ص ١٤

(٢) راجع فى هذا الموضوع بحث ييه فى الفصل الثالث والفصل الرابع ص ٤٨ ، حيث يرى (ص ٥٧) أن القانون الدولى الخاص هو فرع من القانون الدولى العام

(٣) قارن مبلى ص ٨

(٤) قارن أيضا ما مر فى الحاشية الاولى على بند ٤

أجنبي فى قضية ما فاذا حصل النزاع فصلت فيه قواعد « تنازع القوانين » وعيب هذا الاسم أنه لا يشمل تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلفة أيها المختص بنظر القضية وهذا جزء هام جداً من مشتملات القانون الدولى الخاص . كما أنه لا يشمل كثيراً من المسائل التى جرى العمل على دراستها فى القانون الدولى الخاص مثل حقوق الأجانب ومسائل الجنسية والموطن وغيرها مما يدرس فيه عادة

ولفظ « تنازع القوانين » لا يبين أن النزاع بين قانونين مختلفين لأمتين مختلفتين أو أكثر ، لأنه قد ينشأ النزاع بين قانونين فى بلد واحد أحدهما قديم والآخر جديد أيهما يطبق على الحادثة وهى النظرية المعروفة بنظرية استناد القوانين او عدم استنادها Rétroactivité ou non-retroactivité des lois (٥)

أسماء قديمة ومن الاسماء التى اطلقت على القانون الدولى الخاص فى الماضى أو اقترح اطلاقها عليه لفظ « القانون الأجنبي » ,Foreign Law أو « قوانين الاجانب » Droit des étrangers, Droit pérégrinal أو « قواعد المجاملة » Comity (بند ١٨)

ولكل من هذه الاسماء عيوب ظاهرة مما سبق شرحه

تسمية سافينى وسماه العلامة سافينى علم الحدود المكانية لسلطة القانون Science of the local limits of the empire of rules of Law أو حدود القانون المكانية Local Limits of Law (بند ٣) وهذه التسمية جديرة بالاحترام لانه من الثابت أن لكل قانون من قوانين العالم حد ينتهى عنده فى التطبيق ويبتدئ من بعده حد القوانين الاخرى التى يوجد لكل منها أيضاً حد مكانى تنتهى اليه ؛ فاذا عرفنا حدود كل قانون من قوانين العالم فقد أصبح النزاع مرفوعاً . وقد رأينا أن سافينى قد درس فى كتابه العظيم المشهور فى القانون الدولى الخاص موضوعين متقاربين جمعهما فى جزء واحد أسماه « حدود القانون المكانية والزمانية » ففى الحدود

---

(٥) راجع ما ذكرناه عن سافينى فى بند ٣ ص ١٦

المكانية درس القانون الدولى الخاص وفى الحدود الزمانية درس نظرية استناد القوانين وعدم استنادها . لذلك كانت تسمية ساڤينى جديرة بالاعتبار

موضوع الدولى الخاص

٦ — موضوع القانون الدولى الخاص : اختلف المؤلفون فى هذا الموضوع فرأى بعضهم أن يقصره على دراسة قواعد تنازع القوانين فيما بينها وتنازع الاختصاص ورأى آخرون أن دراسته لا تكون كاملة الا اذا اشتملت على بيان ما ذكر ، وهو الجزء الأساسى ، مضافاً اليه بيان حقوق الاجانب فى بلاد العالم المختلفة وبيان الآثار التى تترتب فى كل بلد على الاعمال القانونية les actes juridiques التى وقعت خارج ذلك البلد وهذا ما يعبر عنه «بالآثار الدولية للحقوق المكتسبة» (١)

وهذا الاحصاء صحيح فى نظرنا ويطابق ما جاء فى منهج الدراسة (ص ١٢)

كيفية نشوء الدولى الخاص

٧ — كيفية نشوء القانون الدولى الخاص : أصبحت علاقة الانسان بالانسان فى العصور الحديثة غير محصورة فى بلد واحد فان التجارة أصبحت منتشرة بين جميع أجزاء العالم وصار الناس كثيراً ما يتزوجون بالأجنبيات وكثيراً ما يتعاقدون أو يلتزمون بالتزامات أخرى خارج البلاد التى هم تابعون اليها من حيث الجنسية أو الموطن وأصبح كثير من الناس يموتون فى بلاد أجنبية ويذرون وراءهم تركات كبيرة فى تلك البلاد أو فى غيرها . وكثيرون منهم يحررون عقودهم أو يكتبون وصيتهم أو يتزوجون فى بلاد أجنبية ومنهم من يتملك عقارات أو منقولات موجودة فى بلاد أجنبية . ففى جميع هذه الاحوال يصح التساؤل عن القانون الذى يعمل به وعن المحكمة المختصة بتطبيقه وهذه المسائل تتعلق بالقوانين التجارية والمدنية من أحوال عينية وشخصية والتزامات ومواريث وغيرها

وبجانب هذه المنازعات المدنية والتجارية قد يوجد النزاع أيضاً بخصوص قواعد المرافعات مثلا اذا ما رفعت الدعوى من أو على أجنبى ، أو من أو على

---

[٦] (١) قارن دسپانيه بند ٧ والحاشية عليه وفيها اتفاقه مع پييه على هذا الرأى — راجع پييه ص ٢٤ — ٤٣ بند ٩ — ١٦

شخص قاطن فى بلاد أجنبية ، أو اذا ما حصل اشهار افلاس شخص يكون له معاملات فى الخارج ؛ كما يجوز أن ينشأ النزاع بخصوص القوانين الجنائية اذا ما ارتكبت جرائم فى الخارج من أشخاص عادوا الى بلادهم أو فروا الى بلاد أخرى

كل هذه المسائل يجب أن توجد لها قواعد تبين المحكمة المختصة بالنظر فيها والقانون الذى يطبق عليها وهو مايجب أن يلتفت اليه المشرع و يبحث فيه القاضى [1]

ما يبحث فيه القاضى فى مسائل الدولى الخاص

فاذا ما عرضت على القاضى مسألة من المسائل المتقدمة مشتملة بالضرورة على عنصر أجنبى [2] فيجب عليه أن يبحث اما صراحة واما ضمناً فى نقطتين على الاقل

١ — الاختصاص

٨ — النقطة الاولى : هل القضية التى أمامه داخلة فى اختصاصه بحسب قانونه؟

الاصل أن قضاة كل دولة انما يختصون بالفصل فى الخصومات الحاصلة فى اقليم دولتهم أى ضمن حدودها [1] وبين الافراد التابعين الى تلك الدولة أو بالاقل بين الافراد المقيمين فى تلك الدولة . ذلك لانه من المقرر وجود كثير من المسائل تحدث بين أجانب فى بلاد أجنبية ، ولا يكون للقاضى عليها سلطان ما . فمثلا لا يجوز لاية محكمة انجليزية أن تفصل فى أى نزاع يتعلق باستحقاق قطعة أرض كائنة فى أية جهة أخرى غير انجلترا ولذلك كان من الضرورى كلما عرضت قضية فيها عنصر أجنبى أمام أى قاض من القضاة أن يبحث اما بصفة صريحة وأما بصفة ضمنية فى هل هو مختص بالحكم فيها ؟ وهذا البحث يسمى بحثاً فى الاختصاص أو فى اختصاص المحكمة Jurisdiction أو Forum [2]

٢ — القانون الذى يحكم به

٩ — الثانية : اذا ما ثبت أن القضية من اختصاص القاضى فيجب عليه

---

[٧] (١) قارن ميلى ص ١

(٢) راجع فى معنى العنصر الاجنبى البند المتقدم وكذلك بند ١٤ ولزيادة التفصيل والايضاح بالنسبة لمصر راجع بند ٣١٤

[٨] (١) راجع فى معنى الاقليم بند ٣ حاشية ١

(٢) وهذا البحث مستقل عن البحث فى اختصاص المحكمة من حيث نوع القضية او المركز او من حيث وظيفتها فى الحكم بالنسبة للمحاكم الاخرى فى البلد الواحد مما هو معروف فى دراسة المرافعات ، ولزيادة الايضاح نحيل القارئ على بند ٣٣١ وما بعده

أن يبحث فيما هو القانون الذى يجب أن يطبق عليها طبقاً للمبادئ المقررة فى قانون القاضى . مثلا اذا حصل فى فرنسا بيع منقولات موجودة فيها من انجليزى الى آخر فهل يطبق القانون الانجليزى على البيع كما يطبقه فى المنازعات الحاصلة بين الانجليز على بيع حصل فى انجلترا على منقولات موجودة فيها أم يطبق القانون الفرنسى بسبب وجود العنصر الأجنبى فى القضية وهو حصول العقد فى فرنسا على منقولات موجودة فيها ؟ وهذا البحث ليس بحثاً فى اختصاص المحكمة وانما هو بحث خاص بالقانون الذى يطبق ويسمى بحثاً فى القانون Choice of Law أو Lex

١٠ — هاتان النقطتان جوهريتان فى كل قضية يوجد فيها عنصر أجنبى ويجب على القاضى أن يجد لكل منهما حلا يطبقه أو يقضى به عند النزاع

٣– قوة الاحكام الاجنبية

على أنه قد يضطر الى البحث فى نقطة ثالثة وهى تعرض عند ما يطلب اليه أحد الخصوم ، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ، أن يقرّ حقه الذى اكتسبه بمقتضى حكم صادر من بلد أجنبى وهذا بحث خاص بقوة الأحكام الأجنبية وما لها من الآثار فى غير البلاد التى صدرت فيها

خلاصة

١١ — هذه النقط الثلاث يجب أن توجد لها أحكام ثابتة يقضى بها القاضى الذى ينظرها . وهذه الاحكام يجب أن يأخذها القاضى عن قانونه . فاذا كان القاضى انجليزياً وجب عليه أخذها عن القانون الانجليزى واذا كان فرنسياً رجع فيها الى القانون الفرنسى واذا كان ايطالياً أخذها عن القانون الايطالى[1]

وهذه الاحكام عبارة عن القانون الدولى الخاص فى كل بلد وتبحث فى تنازع القوانين ويمكن أن يطلق عليها لفظ « القواعد المتعلقة بتطبيق القانون خارج أرضه أو حدوده الارضية أو خارج اقليمه Extra-territorial operation of law أو « القواعد المتعلقة باقرار الحقوق التى اكتسبت فى الخارج » أى خارج اقليمها

---

[١١] (١) هذا على المذهب العملى الذى سيرد شرحه فى بند ٢٩ .. راجع ايضاً ما مر بهذا الخصوص فى بند ٤ حاشية ١

Extra-territorial recognition of rights (٢) وهذه الاحكام هى فى كل اقليم جزء من قانونه كأى قانون آخر ينسب الى ذلك الاقليم (٣)

ايضاح آخر

١٢ — ومع ما سبق بيانه فان الموضوع الذى نحن بصدده لا يخلو من الغموض الناشئ عن التعبير اللغوى وعن أسباب أخرى بحيث يكون من المفيد استجلاء لغامض المعانى السابقة أن نشرحه بشكل آخر ناظرين اليه من وجهة أخرى (١)

كل ما حكم به القاضى فهو قانون

١٣ — يشتمل قانون كل بلد كانجلترا مثلا على مجموع المبادئ والقواعد والاصول التى تحكم بها محاكم ذلك البلد تحت سلطان الحكومة البريطانية . ومن المقرر أنه لا محل للتمييز هنا بين ما اذا كانت هذه القواعد واردة فى قانون مسطور أو غير واردة فيه وسواء كانت نتيجة نصوص تشريعية أو أصول حكمت بها المحاكم وثبتت عليها . اذ كل قاعدة ، مهما كان منشأها ، يحكم بمقتضاها القضاة الانجليز تحت سلطان الحكومة البريطانية ، عند ما تقضى عليهم الظروف بالحكم ، تعتبر جزءا من القانون الانجليزى

قسما القانون فى أى بلد

١٤ — ويمكن تقسيم قانون أى بلد من البلاد المتمدينة كانجلترا وفرنسا وايطاليا مثلا الى قسمين :—

القسم الاقليمى

القسم الأول يمكن وصفه بكونه مجموعة القواعد التى تنظم حقوق سكان ذلك البلد — الانجليز مثلا فى انجلترا — وتبين الآثار القانونية للمعاملات التى يقترفونها فيما بينهم داخل حدود انجلترا . واذا كانت هذه القواعد قد تتعدى فى بعض الظروف الى المعاملات التى تحدث فى الخارج فان أثرها المباشر مقصود به قبل كل شىء تنظيم صلات الانسان بالانسان فى انجلترا نفسها أى فى الاقليم الانجليزى ولذلك يمكن تسمية هذه القواعد ، من أجل الغرض الذى نرمى اليه هنا ، بالقانون

---

(٢) قارن دايسى ص ٣

(٣) راجع معنى اقليم فى بند ٣ حاشية ١

[١٢] (١) اخذنا هذا الشرح من دايسى ص ٣ وما بعدها

الاقليمى[١] أو المحلى[٢]

قسم الدولى الخاص

القسم الثانى من قانون البلد — انجلترا مثلا — يشتمل على مجموعة قواعد لا تبين بصفة مباشرة حقوق أو واجبات أفراد معينين ولكنها تبين حدود الاختصاص المعطى للمحاكم الانجليزية على العموم وكذلك تبين ما هو القانون — سواء كان القانون الانجليزى الاقليمى أو قانون فرنسا أو غيرها — الذى يرجع اليه القضاة الانجليز ليحكموا فى الخلاف المرفوع اليهم . وهذه القواعد خاصة بالمسائل المشتملة على عنصر أجنبى : هى قواعد وضعت لارشاد القاضى عندما تعرض أمامه قضايا خاصة بمعاملات يكون فيها أحد الخصمين أو كلاهما أجنبياً أو يكون أحد عناصر القضية قد حصل أو وجد فى بلد أجنبي أو يكون الاتفاق الذى حصل بينهما قد وقع أو ينتظر تنفيذه فى بلد أجنبى أو على مقتضى قانون أجنبى ولذلك يكون من المحتمل أن يرجع فيها القاضى الانجليزى الى قانون أجنبى ليحكم به فيها بدلا من القانون الانجليزى

هو قواعد ارشاد أو تبيين

وقواعد الارشاد المذكورة تبين ، فيما يتعلق باختيار القانون اذا كانت القضية مطروحة أمام القاضى الانجليزى ، ما اذا كان قانون انجلترا الاقليمى هو الذى يجب تطبيقه على ظروف القضية كلها ، أو ان قانون أى بلد آخر مثل قانون فرنسا هو الذى يكون واجب التطبيق على ظروف القضية كلها أو بعضها فقط[٣]

قضايا الدولى الخاص هى مسائل أولية

١٥ — فاذا ما تبين للقاضى ما هو القانون الذى سيطبقه — انجليزيا كان او أجنبياً — فان الحكم فى القضية يبقى معلقاً اذ كل ما فصل فيه القاضى أو كل ما تبينه القاضى هو انه سيحكم فى كل القضية أو فى نقطة معينة منها بمقتضى قانون معين هو الانجليزى أو الفرنسى أو غيره

[١٤] (١) راجع معنى اقليم فى بند ٣ حاشية ١

(٢) ربما كانت كلمة « محلى » هنا احسن الالفاظ ومع ذلك ففيها غموض يزيله اصطلاحنا على لفظ إقليمى territorial لان كلمة محلى هى ترجمة لفظ Local كما ذكرنا فى بند ٣ حاشية ١

(٣) دايسى ص ٣ — ٧

لذلك كان من الجائز أن نسمي مسائل القانون الدولى الخاص « مسائل أولية » Questions préjudicielles لان حل هذه المسائل ليس الحل النهائى للقضية وانما هو التمهيد الأولى اللازم قبل الحكم فيها

شروط نشوء الدولى الخاص

١٦ — شروط نشوء القانون الدولى الخاص ونموّه : القانون الدولى الخاص حديث العهد بالنسبة للقانون الاقليمي أو المحلى فى كل بلد (بند ١٤) ووجوده ونموه يستلزمان أولا وجود دول متعددة لكل منها قانون معين وهذه الحالة لم تكن متحققة وقت ان كان القانون الرومانى هو القانون المعمول به فى كثير من أنحاء العالم لأن تعدد القوانين لم يكن أمراً واقعاً . ثانياً وجود علاقات سلمية ومتاجر ومعاملات بين الدول المستقلة المختلفة وهذه الحالة لم تكن مستمرة فى خلال القرون الوسطى

ولذلك ما كان من الميسور أن تنشأ مسائل القانون الدولى الخاص ويهتم بها رجال القانون الاهتمام الكافى الا فى بيئة سلمية تشبه ما كانت عليه الحال فى أوربا قبل الحرب العظمى أو بعدها

على أنه مما تجب ملاحظته فى التاريخ أن البلاد التى تقدم البحث فى القانون الدولى الخاص فى ربوعها وكثرت فيه التآليف والافكار فيها كانت بلاداً — مثل هولاندا والمانيا وبريطانيا العظمى والولايات المتحدة — يوجد فى كل منها عدة أقوام مختلفين محكومين بقوانين متعددة يحكم كل قانون منها جزءاً معينا من البلد ويربط اجزاءها بعضها بالبعض الآخر رابطة سياسية قانونية أو أدبية بحيث يعتبر المجموع كأنه وحدة سياسية لا تتجزأ فأمثال هذه البلاد قد شعرت قبل غيرها بوجوب احترام وتطبيق القوانين الاقليمية السائدة فى كل اقليم منها خارج الاقليم الذى وضعت له : أى انها شعرت بوجوب الالتجاء الى قواعد القانون الدولى الخاص قبل غيرها من البلاد التى لا تتكون من أجزاء مختلفة لكل جزء منها قانون خاص . غير أنها لم تشعر بالضرورة بوجود صعوبات للوصول الى الحكم بقانون غير قانونها مثل الصعوبات التى يلاقيها أى بلد آخر مستقل ومنفرد التكوين وذلك

لأن القوانين الاقليمية المعتبرة فى أجزاء أخرى من المملكة أو الامبراطورية والتى كان يطبقها القضاة دون قوانينهم الاقليمية لم تكن قوانين أجنبية بمعنى الكلمة بل كانت قوانين معمولا بها فى أقاليم أخرى تابعة لحكومة واحدة هى حكومة القاضى نفسه فكان العمل بها هيناً بعكس ما اذا كانت أجنبية بالمعنى الحقيقى أى شرعتها حكومة أجنبية مستقلة

وفى هذا الموضوع نجد فى تاريخ فرنسا استثناءً غريباً يؤيد القاعدة : ذلك أن فرنسا لم تكن مكونة من عدة حكومات يجمعها اتحاد سياسى وانما كان لكل ولاية من ولاياتها قانون خاص والكل خاضع لسلطة الملك و يستمد سلطته منه ولذلك كان من الضرورى فيها أيضاً الالتجاء الى القواعد التى تبين أى قانون يعمل به من بين القوانين المتعددة الجارى العمل عليها فى الولايات المختلفة التى تتكون منها المملكة الفرنسية (١)

خلاصة

يتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولى الخاص انما تنشأ عند وجود علاقات سلمية بين الشعوب المختلفة سواء كانت هذه الشعوب حكومات مستقلة أو مكونة لجزء سياسى من حكومة مستقلة أو حتى ولو كانت خالية عن الصبغة السياسية بالكلية وكانت محكومة بقانون خاص يشمل جزءاً معيناً من أرض حكومة معينة (٢)

تعليل نشوء الدولى الخاص

١٧ — تعليل نشوء القانون الدولى الخاص : ان نشوء قواعد القانون الدولى الخاص نتيجة لازمة لوجود دول مستقلة متعددة فى العالم المتمدين أو شعوب أو طوائف ذات قوانين مختلفة مع استتباب السلام بينها ونموّ العلاقات التجارية والمدنية ؛ والدليل على ذلك يظهر لا محالة من بحث ما يمكن أن تحكم به المحاكم فى أى بلد ما ، اذا لم تلتجئ الى قواعد القانون الدولى الخاص : —

أولا: يمكنها أن تمتنع عن الحكم فى أى قضية يكون فيها عنصر أجنبى

---

[١٦] (١) قارن دايسى ص ٨ وبند ٤٧ هنا
(٢) قارن بار حاشية ١ ص ١

ثانياً : يمكنها أن تحكم فى كل قضية ، حتى التى يكون فيها عنصر أجنبى ، بمقتضى القواعد المحلية المعمول بها دائماً أمامها بدون التفات الى تطبيق أى قانون أجنبى

حالة عدم الحكم

ففى الحالة الأولى تنشأ اضرار جسيمة لأن العدل لا يجرى بمجراه ويكون القاضى قد سكت عن الحق فلم يحكم به ، وضرر هذه الخطة لا يقتصر على الاجانب بل يتعداهم الى أهالى البلاد التى وجدت المحكمة للحكم فى قضاياهم ؛ واذا اتبعت محاكم البلاد الأخرى نفس هذه الخطة كان من المستحيل مادياً ايجاد محكمة للفصل فى أى قضية يكون فيها عنصر أجنبى وهذا ما لا يمكن أن يقبل لأن الحقوق تضيع على أربابها لمجرد وجود عنصر أجنبى فى القضية ، ويركب الناس جميعاً متن الحذر فيمتنعون عن التعامل مع الأجانب وعلى العموم يمتنعون عن الاتجار والتعامل مع البلاد الأجنبية أو الاشخاص الذين يخضعون لقانون آخر ، وهو ما يشلّ حركة الاتصال بين أفراد الدول المختلفة ويقضى على العلائق التى يكون فيها عنصر أجنبى مهما خف شكله

حالة اتباع قانون القاضى فى كل حال

وفى الحالة الثانية تركب المحاكم أيضاً متن الشطط لأنها اذا حكمت بمقتضى قانونها هى ، فى كل الأحوال ، ربما كان ذلك منها حكما بمقتضى قاعدة لم يرد الخصوم أن تكون هى القاضية بينهم أو لم يعتمدوا عليها وقت التعامل ، بل تكون قد منحت أحد الخصوم حقاً لم يكن له وتكون قد أنشأت له حقوقاً جديدة بدلا من الحقوق التى يمكن أن يكون قد اكتسبها بالفعل . فاذا كانت الحقوق التى أراد الخصوم أن يرتبوها بينهم مطابقة للحقوق المقررة فى قانون القاضى فان النتيجة لا تتغير ولكن اذا كان هناك خلاف بين قانون القاضى والقانون الذى كان يجب أن يحكم العلاقات بين الطرفين فان الظلم يتحقق : وذلك لأن غاية الاحكام التى يصدرها القاضى هى تقرير حقوق الخصوم وقت رفع الدعوى لا منحهم حقوقاً غير التى كانت لهم اللهم الا اذا كان ذلك ضرورياً لتأييد الحقوق المقررة من قبل ؛ وفوق ذلك فان

عدم الاعتداد بالقانون الذى يجب الحكم به هو بمثابة انكار للسلطة أو الحكومة التى وضعت ذلك القانون وهو ما لا يحسن حصوله بين الحكومات على أيدى المحاكم

وجوب الحكم بالقوانين الاجنبية

من أجل ذلك كان واجباً على محاكم كل بلد أن تبحث فى القانون الذى يجب أن يطبق على القضية وأن تختار ذلك القانون من بين قوانين قد تكون متعددة ويصعب تقرير أيها هو الواجب الاتباع ؛ ويجب عليها متى حكمت الظروف أن تقرر تارة وجوب الحكم بقانونها هى خارج اقليم حكومتها وتارة وجوب الحكم بقانون أجنبى داخل اقليم حكومتها (١)

أساس الدولى الخاص : المجاملة

١٨ — وقد جاء فى تاريخ القانون الدولى الخاص فى بعض العصور أن قواعد القانون الدولى الخاص انما وجدت بمقتضى واجب « المجاملة » بين الدول (بند ٢٣٠) وهى ما يسمى بالمجاملات الدولية courtoisie internationale أو comitas gentium أو Comity

وهذا صحيح اذا كان المراد منه ان ليس لحكومة أن تجبر أخرى على تطبيق قانون أجنبى فى أرضها وانه اذا كان قضاة أية دولة من الدول يحكمون بمقتضى قانون أجنبى فى بعض المسائل فان ذلك انما حصل باذن ولو ضمنى من الحكومة التابع اليها القاضى والتى يراد تطبيقه وتنفيذه فى أرضها ؛ غير أنه من الثابت الآن ان السبب الحقيقى فى السماح بالحكم بمقتضى قانون أجنبى فى بعض المسائل ليس مجاملة الحكومات بعضها للبعض الآخر وانما هو طبيعة الاحوال القاضية باستحالة الحكم بالعدل بدون الالتجاء الى تطبيق القوانين الأجنبية فى كل الاحوال التى يكون ذلك فيها واجباً (١)

الاساس الصحيح

من أجل ذلك قرر العلامة سافينى أن أساس القانون الدولى الخاص هو الفائدة المشتركة أو اتحاد المصلحة بين الحكومات المختلفة فى الوصول الى تحقيق العدالة

---

[١٧] (١) دايسى ص ٨ — ١٠ وفارن بار ص ٢

[١٨] (١) فارن دايسى ص ١٠ — رديسپانيه ص ٣٠

رأى آخر في اساس الدولى الخاص

١٩ — ولقد ذهب بعض علماء العصر الحاضر[١] الى ان الواجب المفروض على كل حكومة فى احترام الحقوق التى اكتسبت فى الخارج وتنفيذها بواسطة محاكمها هو واجب يمليه القانون الدولى العام الذى يعتبر القانون الدولى الخاص جزءاً منه ولكن من الثابت أيضاً ان قواعد هذا الاخير لا يبينها القانون الدولى العام . ورأى آخرون أنها فى كل بلد جزء من قانون ذلك البلد فهى لذلك مستقلة استقلالا تاماً عن القانون الدولى العام[٢] .

التوفيق بين الرأيين

ومن الكتاب من يوفق بين الرأيين قائلا بصحتهما من وجوه مختلفة لأن سبب نشوء قواعد القانون الدولى الخاص هو وجود العلائق بين الدول المختلفة وهذه العلاقات توجب على كل دولة احترام قوانين غيرها المتعلقة بحقوق الافراد وذلك لأن رفض تطبيق القوانين الاجنبية على ما يجب أن تطبق عليه من الحوادث والقضايا يعتبر انكاراً لحقوق الحكومة على رعاياها فيما يدخل فى اختصاصها. فاذا كان الامر كذلك كان أساس القانون الدولى الخاص هو نفس أساس القانون الدولى العام ؛ ومن جهة أخرى فان القانون الدولى العام لا يبين قواعد القانون الدولى الخاص ولا يتصدى لحصرها وان كان وجوبها مبنياً على افتراض التزام سابق بين الدول يوجب عليها فى بعض الاحوال أن تطبق القوانين الاجنبية . وليس من قواعده ما جرى الاتفاق عليه بين الدول الا النذر اليسير ولذلك فان القانون الدولى العام يترك لكل دولة الحرية فى تقرير القواعد التى تراها الا فيما تم فيه الاتفاق بمعاهدات[٣] هذا وسوف تتبين وجهة النظر التى توخيناها فى الموضوع عند بحث مذاهب الكتاب فى بند ٢٩ ،،

الفرق بين الدولى الخاص والدولى العام

٢٠ — ومن المفيد هنا بيان الفرق بين القانونين الدوليين العام والخاص

|١٩| (١) مثل ديسپانيه ص ٤٠ وپييه ص ٥٦ ، راجع أيضاً بار ص ٢ ،،
(٢) دايسى ص ٤ ،، وپييه جزء ١ ص ٢٠ وغيرها
(٣) ملحوظات الاستاذ بك Boeck فى كتاب دسپانييه ص ٤١ و ٤٢ فى الحاشية

فالقانون الدولى العام أو « القانون الدولى » بالمعنى الحقيقى هو مجموعة القواعد التى تبين حقوق الامم وواجباتها فى علاقاتها المتبادلة فى زمان السلم وزمان الحرب. أما القانون الدولى الخاص فقد سبق تعريفه فى بند ٣

وتوجد فروق مهمة بين القانونين تظهر من تعريفهما وأهمها ما يأتى : —

الاشخاص

٢١ — الفرق الاول : ان الاشخاص الذين هم أصحاب الحقوق وعليهم الواجبات فى القانون الدولى العام «أمم» لا أفراد Nations and not individuals وموضوعه دراسة الصلات القانونية الموجودة بين تلك الامم بعكس القانون الدولى الخاص فان أصحاب الحقوق فيه ومن عليهم الواجبات هم أفراد أو أشخاص طبيعيون — وقد يكونون أشخاصاً اعتباريين وقد تكون الحكومة منهم بصفتها شخصاً اعتبارياً مدنياً (١) — وموضوعه تنظيم حقوق الافراد بعضهم قبل البعض الآخر

الدولية

٢٢ — الفرق الثانى : ان القانون الدولى العام هو « دولى » بالمعنى الحقيقى أى ان قواعده هى التى تحكم صلات الدول أو الامم فيما بينها بعكس القانون الدولى الخاص فهو ليس دولياً وانما هو قانون خاص بالافراد فيما بينهم

هل كل منهما قانون

٢٣ — الفرق الثالث : ان القانون الدولى العام ليس « قانونا » بالمعنى الحقيقى أو الدقيق لان قواعده ليست أوامر صادرة من حكومة لها سلطة الحكم على رعاياها وانما هى قواعد قد اتبعتها الدول فيما بينها أو تعهدت باتباعها ولم تضعها لها سلطة تشريعية لها حق الحكم عليها بعكس قواعد القانون الدولى الخاص فهى قانون بكل معنى الكلمة تحكم بمقتضاه المحاكم التى عهد اليها الشارع فى الحكم به وتنفذ أحكامها على الافراد بقوة الحكومة وسلطانها قياماً بواجب العدالة منها نحو الافراد

من حيث السلطة التى تتولى الحكم

٢٤ — الفرق الرابع : للقانون الدولى الخاص محاكم قضائية تحكم بقواعده

---

[٢١] (١) راجع بند ٤ حاشية ٢

واصوله وترفع اليها الخصومات كما ترفع فى المسائل القانونية المحلية أو المعتادة فى البلد بعكس القانون الدولى العام فليس من محكمة نظامية تحكم بقواعده وتلزم الخصوم باحترام أحكامها وتنفذها بالقوة لان الخصوم أمم أو دول وليس لمحكمة عليهم سلطان وأما محكمة التحكيم المستديمة التى كانت تجلس فى « لاهى » عاصمة البلجيك ومحكمة « القضاء الدولى المستديمة » Permanent Court of International Justice التى نص غليها صك جمعية الامم فى المادة الرابعة عشرة من معاهدة فرساى فان اختصاصها محدود جداً ولا يمكن اعتباره كاختصاص المحاكم القضائية المعتادة التى تحكم فى مسائل القانون الدولى الخاص (١)

تشابه قواعد الدولى الخاص

٢٥ — تشابه قواعد القانون الدولى الخاص فى كل الدول : من المقرر انه وان كانت قواعد القانون الدولى الخاص فى كل بلد هى جزء من قانون ذلك البلد الا أن هذا الجزء متشابه فى قوانين جميع دول العالم المتمدين . نعم هو متشابه وان لم يكن مطابقاً تمام المطابقة لأمثاله فى الدول الاخرى والسبب فى ذلك التشابه يرجع الى طبيعة الامور اذ الاختيار محدود فاذا التجأ القاضى الى قواعد القانون الدولى الخاص ليبحث عن القانون الذى يجب العمل به وتطبيق قواعده على القضية المطروحة أمامه فان اختياره لا يخرج دائماً عن احد القوانين الآتية يطبقه بأمر أو بإباحة من قانونه هو كما قدمنا وهذه القوانين لا تخرج عما يأتى : —

أولا — قانون القاضى أو قانون المحكمة Lex fori وهو القانون الذى يحكم به القاضى فى المسائل المعتادة التى ينظرها عادة أوهو قانون المحكمة التى رفعت اليها القضية والتى طلب منها الحكم فيها فاذا تبين أن هذا القانون هو الذى يجب

---

[٢٤] (١) قارن دايسى ص ١٤ وميلى ص ٥ وراجع المادة ١٤ من معاهدة فرساى التى تقول باختصاص المحكمة المذكورة فى سماع أى نزاع له صبغة دولية والحكم فيه متى رفعه اليها الخصوم ، وباختصاصها أيضاً فى اعطاء رأيها الشورى فى أى نزاع أو سؤال يرفع اليها من مجلس عصبة الامم أو الجمعية العمومية

العمل به دون أى قانون آخر فالقاضى يطبق قانونه و يغلب ذلك فى مسائل المرافعات والافلاس وما تعلق بالنظام العام الدولى (بند ٢٧٤)

ثانياً — قانون موقع الشيء المتنازع فيه منقولا كان أو عقارا Lex rei sitae و يغلب ذلك فيما يتعلق بأسباب الملكية عليه وما يتعلق به من الحقوق العينية

ثالثاً — القانون الشخصي أو قانون الأحوال الشخصية للخصم Lex personalis وقد يكون هذا القانون قانون جنسية الخصم Lex nationalis كما اذا كان فرنسياً أو ايطالياً أو يكون قانون موطنه Lex domicilii كما اذا كان انجليزيا أو امريكياً وقد يكون قانون دينه Lex religionis كما اذا كان مصرياً مسلماً أو قبطياً أرثوذوكسياً أو كاثوليكياً . ويرجع الى هذا القانون غالباً فى جميع مسائل الأحوال الشخصية من زواج أو طلاق أو ميراث أو وصية

رابعاً — قانون الحادث أو العمل القانونى Lex loci actus وهو قانون البلد الذى حصل فيه حادث أو عمل قانونى فاذا كان الحادث جريمة سمى قانون محل الجريمة Lex loci delicti أو عقداً سمى قانون محل العقد Lex loci contractus

خامساً — قانون محل الوفاء Lex loci solutionis وهو قانون البلد الذى يجب أن يحصل فيه الوفاء بما حصل التعهد به وهذا محله فى التعهدات المبنية على اتفاق الطرفين

هذا واختيار احد هذه القوانين ليس من الأمور التى يجوز للقاضى أن يحكم فيها بمطلق رأيه وحسب ارادته بدون قيد ولا شرط بل هو أمر من الأمور التى تبنى على البحث والنظر وله قواعد وروابط وأسباب قد تقنع قضاة جميع محاكم العالم وقد يأخذ بها كثير من المشرعين ؛ واختيار القانون الواجب العمل به من بينها هو موضوع دراسة القانون الدولى الخاص

خذ مثلا عقداً حصل فى فرنسا ووقع صحيحاً فى الشكل طبقاً للقواعد الشكلية المقررة فى القانون الفرنسى فهذا العقد يعتبر صحيحاً شكلا أمام المحاكم الانجليزية

مثلا لمجرد حصوله صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذى حصل فيه وذلك طبقاً لقاعدة مشهورة Locus regit actum معناها ان شكل العقد خاضع لقانون بلد تحريره ، وهذه القاعدة مبنية على أسباب عملية وجيهة يأخذ بها القضاة الانجليز بصفة مطلقة كما يصح أن يأخذ بها غيرهم أيضاً : فهذه الأسباب قد تقنع المشرع الفرنسى ومحاكم فرنسا بأن يأخذوا بها أيضاً كما تقنع أغلب مشرعى ومحاكم العالم بأن يقرروها جزءاً من قانونهم . وهناك فائدة ظاهرة فى اختيار حل واحد فى هذه المسألة وفى غيرها فى جميع بلاد العالم ، لذلك كان من المسلم به انه كلما تقرر الحكم فى مسألة من المسائل فى بلد من البلاد أو أكثر كان ذلك من خير الاسباب لطلب تقرير ذلك الحكم أمام محاكم البلاد الاخرى وان كانت هذه غير مقيدة قانوناً باتباع أحكام المحاكم الأجنبية ولكنها كثيراً ما تأخذ بحكم تقرر فى البلاد الاخرى وعلى الخصوص تميل المحاكم بل ويميل المشرعون الى طرق الحلول التى اتخذها من سبقوهم من الدول لان اتحاد التشريع والاحكام فى المسائل الشائعة بين قوانين ومحاكم الدول المختلفة أمر يسوق بطبيعته الى الانقياد فى سبيل واحدة

لذلك نشأت فى قوانين أغلب العالم المتمدين وأحكام محاكمه ومؤلفات علمائه مبادئ وقواعد ، وان اعتبرت مقررة بمقتضى قانون كل بلد على انفراد وبأمر صريح أو ضمنى من ذلك القانون ، وان كانت غير مطابقة تمام المطابقة بعضها للبعض الآخر فى كل بلد ، الا أنها مع ذلك تنبعث من خلالها آيات التشابه فى كل بلد دبت فيه حياة المدنية والرقى[1]

عوامل التشابه

وهذا التشابه يزداد وينمو بعوامل خاصة لا تفتر عن العمل لايجاد اكبر نسبة ممكنة منه وهذه العوامل ثلاثة : —

١ — اتحاد الغرض

٣٦ — العامل الأول هو أن الغرض الذى يتوخاه القضاة فى جميع محاكم العالم فيما يتعلق باختيار القواعد التى يطبقونها لمعرفة ما اذا كان سلطان قانون معين

[٢٥] (١) قارن دايسى ص ١٠ ‹‹

يمتد الى ما بعد الحدود الاقليمية [1] الموضوعة له ، هو غرض واحد فى كل الاحوال أو فى معظمها . وهـذا الغرض هو على العموم احترام الحقوق التى اكتسبت فى الخارج تحت سلطان القوانين الاجنبية المختلفة ، ذلك ان كل أو جل القواعد المتعلقة باختيار القانون الذى سيحكم به ، والتى أقرها العالم المتمدين هى قواعد ترمى فى الغالب الى تقرير مبدأ واحد هو « أن الحقوق التى اكتسبت بطريقة مشروعة تحت سلطان قانون بلد معين يجب أن تحترم وتنفذ فى أى بلد آخر » فمثلا القانون الفرنسى والقانون الانجليزى يرميان فى هذا الموضوع الى غرض واحد وهو ضمان ان الحقوق التى اكتسبها الانسان بالزواج أو الشراء أو غيرهما فى ايطاليـا مثلا تكون موضع الاحترام وجديرة بالتنفيذ فى فرنسا وانجلترا وبالعكس أن تـكون الحقوق التى اكتسبها فى انجلترا أو فرنسا مضمونة الاحترام والنفاذ فى ايطاليا

وهذا الاتحاد فى الغرض الذى يسعى اليه القضاة والمشرعون فى مختلف البلاد هو الاساس الذى تقوم عليه مادة القانون الدولى الخاص ، وهو وحده يكاد يكون كافياً لايضاح وتنمية التشابه الموجود بين قواعد اختيار القانون والتى قد أقرتها البلاد المختلفة [2]

٢ — الجمعيات العاملة

٢٧ — العامل الثانى فى ازدياد التشابه هو وجود جمعيات خاصة لترقية القانون الدولى الخاص وقد أنشئ للآن جمعيتان عظيمتان قام بانشائهما العلمـاء والكبراء فى مختلف البلاد المتمدينة تحقيقاً لهذا الغرض السامى واخذوا على أنفسهم التوسع فى دراسة القانون الدولى الخاص . وكل منهما علمى لا دخل للحكومات فى انشائه وهما

جمعية القانون الدولى International Law Association وهذه أنشئت فى عاصمة البلجيك سنة ١٨٧٣ ومركزها الآن مدينة لندن ولا قيود لعضويتها .

---

[٢٦] (١) راجع فى معنى اقليم بند ٣ حاشية ١

(٢) دايس ص ١١ — ١٢

وأغراضها هى الاصلاح والتجميع فى القوانين الدولية وهى تسعى لترقية القانون الدولى من وجهة تطبيقاته العملية وعند الرأى العام فى الأمم المختلفة وقد عقدت لها المؤتمرات العديدة السنوية فى أهم مدن أوروپا وأمريكا واتخذت فيها قرارات كثيرة كانت أساساً لاصلاحات متعددة فى التشريع وهى تنشر عقب كل مؤتمر محاضر جلساته

والمجمع العلمى للقانون الدولى Institute of Internationl Law وأنشئ فى مدينة جان من أعمال البلچيك أيضاً فى سنة ١٨٧٣ ولسان حاله مجلة القانون الدولى Revue de Droit international et Legislation comparée وله نشرة سنوية يصدرها كل عام (١) وغرضه العمل على ترقية القانون الدولى أولا: بمحاولة وضع القواعد العامة للعلم طبقاً للاحتياجات القانونية فى العالم المتمدين الحديث؛ ثانياً بالسعى التدريجى المتواصل فى تدوين وتجميع القانون الدولى ؛ ثالثاً بالحصول على اقرار رسمى للمبادئ المعترف بها التى تتناسب مع احتياجات الهيئة الاجتماعية الحديثة ؛ رابعاً بالسعى بقدر استطاعته فى المحافظة على السلم أو احترام قوانين الحرب ؛ خامساً ببحث المشكلات التى تنشأ عن تفسير أو تطبيق القانون وعند اللزوم باظهار الرأى القانونى فى المسائل المشكوك فيها أو المختلف عليها ؛ سادساً بالسعى فى نصرة مبادئ العدل والانسانية التى يجب أن تسود بين الشعوب المختلفة فى صلاتها بعضها مع البعض الآخر وذلك بواسطة النشرات وتعليم الجمهور

ولقرارات المجمع العلمى قيمة علمية كبرى وقد أخذ عنها كثير من المشرعين قواعدهم الجديدة وكانت هذه القرارات أساساً للمعاهدات التى اتفقت عليها الدول فى المؤتمرات الرسمية الآتى ذكرها حالا (٢)

ولا بد أن ننوه هنا عما أحدثه انتشار المجلات الدولية الكبرى وعلى الخصوص

---

[٢٧] (١) راجع ميلى ص ٩ — ١٠ وص ١٤٣ نمرة ٧ ودسپانييه ص ٨٥ ،،
(٢) دسپانييه ص ٨٧

جريدة «كلونيه» من تقريب مسافة الخلف بين علماء الامم المختلفة بنشر القوانين والأحكام فى مختلف البلاد والمقالات العلمية القانونية التى يدبجها يراع العلماء من كل أمة [٣]

٣ – المؤتمرات

٢٨ — العامل الثالث : المؤتمرات الرسمية Official Conferences التى عقدت فى لاهى من سنة ١٨٩٣ الى سنة ١٩٠٤ وحضرها ممثلون لست عشرة دولة وقد وضعت نصوصاً لاجزاء معينـة من القانون الدولى الخاص أقرتهـا بعض الحكومات وسنت بها قوانين خاصة لها [١] وسوف يأتى ذكر هذه الاتفاقات فى المواضيع المختلفة المتعلقة بها [٢]

---

(٣) راجع ذكر هذه المجلات فى ص١٠

[٢٨] (١) راجع ميلى ص ١٤ ،، وفاليرى ص ٤٧ — ٥١ وبيل ص ٥٤ ،، وفيـه مراجع مهمة منهـا مقالة على هذا الموضوع لادوار أودان فى كلونيه ١٩١٤ جزء ٤١ ص ٨٧٦ ،،

(٢) عقد المؤتمر الاول فى سنة ١٨٩٣ واتفق فيه على أربعة أمور : الزواج والاوراق القضائية وغير القضائية وندب المحاكم الاجنبية (بند ٣٢٩) والمواريث ولكن لم تصادق الدول على أى مشروع مما تقدم

وعقد المؤتمر الثانى فى سنة ١٨٩٤ واتفق فيه على ستة أمور وهى الزواج والطلاق والفرقة الجسمانية والوصاية على القصر والمرافعات المدنية والافلاس والمواريث مع الوصايا والهبات المستندة الى الموت فصودق على المعاهدة المتعلقة بالمرافعات ثم استبدلت بغيرها فى سنة ١٩٠٥ وقد تناولت الكلام على اثبات وتنفيذ الاحكام الاجنبية والسندات الرسمية وندب القضاة والكفالة التى يدفعها الاجانب عند رفع الدعاوى والاعفاء القضائى للاجانب والقبض على الجناة

وعقد المؤتمر الثالث فى سنة ١٩٠٠ وقدمت فيه أربعـة مشروعات لمعاهدات على الزواج والطلاق والفرقة الجسمانية والوصاية على القصر وتكملة للمواريث فصودق على ثلاثه منها وهى الزواج والطلاق والوصاية وقد صادقت عليها الدول الآتيـة وجددتها وهى هولاندا والسويد ولكسنبورج ورومانيا والمانيا والبلجيك وسويسره وايطاليا والبرتغال والمجر ولم تصادق النمسا مع انها كانت طرفا فى المؤتمر أما فرنسا فصادقت ثم امتنعت عن تجديد المصادقة ورفضت العمل بالمعاهدات المذكورة

وعقد المؤتمر الرابع فى سنة ١٩٠٤ واتفق فيه على خمسة أمور : المرافعات وتأثير الزواج على المال والحجر والمواريث والوصايا والافلاس ونتج عن ذلك ثلاث معاهدات على المرافعات المدنية وآثار الزواج والحجر وصادق عليها نهائيـا أغلب الدول — راجع بند ٣٠٧ ،، هنا والاتفاق بخصوص الزواج والطلاق عقب بند ٣٨٢ هنا

ولم تدخل انجلترا ولا أمريكا ولا تركيا فى هذه المؤتمرات واعتذرت انجلترا بكون القانون الانجليزى له طبيعة خاصة وهذه حجة غير سديدة نظراً لان الغرض من المؤتمر كان تقريب الافكار وتوحيد القوانين بقدر الامكان

هذا وقد عقدت مؤتمرات عديدة فى أمريكا الجنوبية والشمالية من قبل (٣) واتخذت قرارات كثيرة فى منتهى الاهمية ولكن لم تصادق الحكومات الا على قليل منها

النهضة الحديثة

وجاءت الحرب أخيراً فأكملت مابدأ قبلها من عدم الاهتمام بالحركة التشريعية الدولية فى مسائل القانون الدولى ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٨٧ من معاهدة فرساى على تجديد أجل معاهدة لاهى المعقودة فى ١٧ يوليه سنة ١٩٠٥ المتعلقة بالمرافعات بين الدول ذوات الشأن باستثناء فرنسا والبرتغال ورومانيا فان المعاهدة لاتتجدد فى حقهن . وفوق ذلك فقد بدأ النشاط حديثاً وقام العلماء ينادون بوجوب الاهتمام بوضع معاهدات جديدة يتسنى بها تجميع Codification قواعد القانون الدولى الخاص (٤)

---

(٣) فى مدينة ليما سنة ١٨٧٨ ومونتفيديو سنة ١٨٨٩ وعلى الخصوص مؤتمر واشنطون الذى استمر منعقدا من اكتوبر ١٨٨٩ الى ابريل ١٨٩٠ ولكن موافقة الحكومات على القرارات التى اتخذت فى هذه المؤتمرات كانت جزئية أو لم تحصل بالكلية (ميلى ص ١٤ ،،) وراجع فيما يلى بند ٣٠٧ — ٣١١

(٤) راجع مقالة الاستاذ يتا Jitta المستشار فى مجلس الحكومة فى لاهى فى مجلة القانون الدولى ومقارنة الشرائع سنة ١٩٢٣ ص ١ — ٢٠ وعنوانها تثبيت وتوسيع اعمال مؤتمرات لاهى للوصول الى تجميع القانون الدولى الخاص وهى ملخصة فى كلونيه ١٩٢٣ ص ٧٢٤ — ٧٣٠

مذاهب الكتاب

أو طرق الدراسة فى القانون الدولى الخاص

٢٩ — ذهب العلماء فى كتاباتهم عن القانون الدولى الخاص مذهبين مختلفين الأول المذهب النظرى The Theoretical Method والثانى المذهب العملى The Positive Method

المذهب النظرى

٣٠ — أما المذهب النظرى فقد اتبعه عدد كبير من علماء القارة الاوروبية (اخراجا لانجلترا) ولا يزال أكبر اسم من بينهم اسم العلامة الالمانى العظيم سافينى ومنهم ڤختر وشفنر وبار فى المانيا وبيّيه فى فرنسا وارمانجون فى مصر وهم يختلفون بعضهم عن البعض اختلافاً كبيراً فى نقط كثيرة ذات أهمية كبرى ومع ذلك فلمذهبهم ميزتان مشتركتان

ميزاته

٣١ — الميزة الاولى : انهم يبتدؤن عملهم بفكرة ان قواعد القانون الدولى الخاص المعروفة فى بلد ما هى مشابهة أو مطابقة فى أغلب الاحوال للقواعد السائدة فى البلاد الاخرى وان هذه المشابهة تزداد كثيراً تحت تأثير التمدين الحديث لذلك هم يعتبرون قواعد القانون الدولى الخاص بمثابة قواعد عمومية مشتركة وشائعة بين جميع الامم المتمدينة (الاوربية) Common Law of Europe ومقبولة ضمناً منها جميعاً . وهم بالضرورة لا ينكرون انه مهما كان لهذه القواعد الشائعة من القوة والسلطان فى احدى الممالك — انجلترا مثلا — فان هذه القواعد انما تستمد قوتها وسلطانها فى انجلترا من حكومة ذلك البلد . كذلك هم لا يغفلون عن كون هذه القواعد ليست متبعة تمام الاتباع فى جميع بلاد العالم وان كثيراً من القوانين وأحكام المحاكم يشذ فى كثير من الاحوال عن تلك القواعد التى يقولون بشيوعها وعموميتها

ومذهبهم يقضى حتما بوجوب زوال هذا الشذوذ وبان قواعد القانون الدولى الخاص الاساسية يمكن تعرفها بالدراسة والتفكير وان سداد أو عدم سداد القواعد المعروفة فى بلد معين كانجلترا مثلا من حيث احترام الحقوق خارج البلاد التى نشأت فيها تلك الحقوق ، يمكن أن يقاس و يعرف بمطابقته للقواعد المشتركة أو مخالفته لها

٣٢ — الميزة الثانية أنهم متفقون فى الرأى على أن مهمة الكاتب فى القانون الدولى الخاص هى استكشاف المبادئ المكونة للقانون العام أو للقواعد العامة التى يجب أن تسود فى قوانين اوربا وغيرها من العالم المتمدين . فاذا وضع أحدهم — ساڤينى مثلا — قاعدة من القواعد التى يعتقد بانها توصل الى حل المشكلات فى كل المسائل العملية التى تنشأ عن القانون الدولى الخاص فانه يطبقها على كل المسائل المذكورة و يبين كيف يمكن أن تستنبط منها مجموعة القواعد العامة التى يجب أن يأخذ بها جميع أمم العالم لحل تلك المسائل . خذ مثلا القاعدة التى وضعها ساڤينى وهى وجوب البحث فى كل مسألة قانونية عن القانون الذى يوافق طبيعتها أو الذى قد ارتكزت عليه هذه المسألة (بند ٢٤٢ هنا) فانه يطبق هذه القاعدة على كل المسائل التى تعرض للنظر و يبين القواعد الفرعية الناشئة عن القاعدة الرئيسية والتى يمكن أن يأخذ بها جميع الامم لحل مسائل القانون الدولى الخاص على العموم

وليس المراد هنا البحث فى قيمة القواعد التى وضعها ساڤينى وأمثاله من العلماء ولكن موضوع البحث هو الغرض الذى يرمى اليه طائفة العلماء الذين يتقدمهم ساڤينى أى العلماء النظريين . ان غرضهم بلا نزاع هو انشاء مجموعة من القواعد المنطقية المتماسكة ترمى الى حل المسائل الدولية الخاصة طبقاً لما هو معمول به فى البلاد المختلفة ، أو ليعمل بها فى كل دولة اذا لم يكن معمولا بها فيها من قبل

وغير خاف ان المؤلفين الذين يتبعون هذا المذهب يخرجون من دائرة البحث فيما هى مبادئ القانون الدولى الخاص الى دائرة بحث آخر هو ماهية القواعد التى يجب أن تسود فى القانون الدولى الخاص ؛ فانه لا يمكن أن يقال ان ساڤينى وبار

مثلا قد أتيا باحصاء أو شرح القواعد المعمول بها فعلا فى أى بلد من بلاد أروپا أو فيها جميعها فان المؤلف منهم انما يحاول أن يأتى بسلسلة قواعد أو مبادئ يرى وجوب العمل بها نظراً لمناسبتها وسهولة تطبيقها ، فيأخذ بهـا قضاة كل بلد لحل التنازع بين القوانين : وهم فى الواقع يكتبون ليبينوا ما هو الحل الذى يجب حتما أن يعمل به فى أية قضية من قضايا القانون الدولى الخاص

فوائده ٣٣ — لهذا المذهب النظرى فائدتان جليلتان الأولى أنه يبقى أمام أذهان الطلبة فكرة اتحاد المبادئ الواجبة الاتباع لاختيار القانون فى البـلاد المختلفة . الثانية انه يلفت النظر الى اعتبار مهم جداً وهو أن اختيار قانون معين للحكم به فى المسائل الدولية الخاصة دون أى قانون آخر أمر مبنى على أسباب مستمدة من المنطق والمصلحة والعدالة وليس أمراً يحكم به لمجرد الهوى أو لمجرد سبق الحـكم بمثله

فمثلا لمعرفة ما اذا كانت الآثار القانونية المترتبة على عمل قانونى معين تخضع لقانون محل العقد أو لقانون الموطن أو لقانون القاضى أو غيره يجب البحث والتفكير وتأييد الرأى الذى يبدى ، بالحجج والأسانيد المعقولة المرتكزة على مبادئ مقبولة

والمذهب النظرى هذا لا يتنافر مطلقاً مع امكان فحص قواعد القانون الدولى الخاص المتبعة فى بلد معين كفرنسا أو امريكا مثلا فحصاً دقيقاً لان ما يتبع من المبادئ عملا أمام المحاكم يبين مقدار صحة الابحاث النظرية

مضاره ٣٤ — على أن الخطأ الذى يمكن توجيهه الى المذهب النظرى هو انه يقود الكتاب الذين يختارونه الى اعتبار المبادئ التى يقولون هم بها كأنها قانوناً معمولا به أو واجب الاتباع عملا والى وضع قواعد لارشاد جميع محاكم بلاد العالم فى الوقت الذى يصح فيه أن هذه المبادئ لا تكون متبعة بالفعل أمام أية محكمة من المحاكم ولا معمولا بها فى أى قانون من القوانين

ولقد قال الاستاذ الامريكى المشهور « ستورى » فى كتابه عن تنازع القوانين فى بند ٢٦ ان علماء القارة الاروپية قد حاولوا بكل ما أوتوا من نباهة وقوة ، أن

يجمّعوا قواعد ومبادئ لتنظيم هذه المادة فى جميع الأمم ولكن من المشكوك فيه جداً أن يكون نجاحهم قد تناسب مع المجهود العظيم الذى بذلوه وانه على فرض التسليم بمبادئهم فى كل جهة ، تكون نتيجتها مقبولة أو مرغوباً فيها أو محققة للعدالة فى كل الاحوال

٣٥ — وهذه الملاحظة تبين نقطة الضعف الجوهرية الموجودة فى المذهب النظرى المبنى على انه يوجد فى هذا العالم مبادئ معينة فى العدالة ظاهرة من طبيعتها وغير محتاجة الى تدليل ومنها يمكن استنباط سلسلة قواعد قانونية يقتنع بصحتها وعدالتها جميع قضاة العالم

المذهب العملى

٣٦ — المذهب العملى : ويأخذ به عدد كبير من الكتاب منهم ستورى وفوت ودايسى وفيلكس وڤاليرى وآخرون ونحن معهم

وفى هذا المذهب تدرس قواعد القانون الدولى الخاص باعتبارها جزءاً من قانون كل بلد ، يعمل بها فيه ، ويحكم بها قضاته ، باعتبارها جزءاً من قانونهم ولا يهتم علماء هذا المذهب بايجاد قواعد يقولون انها هى التى يجب اتباعها فى كل بلاد العالم أو يقررون انها سائدة وجوباً فى كل بلاد العالم بل يجعلون كل همهم تبيان قواعد القانون الدولى الخاص المتبعة فعلا فى بلد معين أو فى بلاد معينة

ما يتفق معه وما لا يتفق

٣٧ — ولا يتنافر مع المذهب العملى أن يحاول متّبعوه درس حالة القانون فى بلاد متعددة أو فى جميع بلاد العالم بلداً بلداً لأن مذهبهم يقتضى تقرير الواقع فسواء كانت الدراسة مقصورة على بلد واحد أو شاملة لبلاد متعددة أو لجميع البلاد فان الغرض واحد وهو تعرّف حالة القانون الدولى الخاص كما هى فى أى بلد من البلاد . لذلك كان واجباً على الكاتب العملى أن يمتنع عن استنباط قواعد القانون الدولى الخاص من مبادئ نظرية معينة وذلك لأن ما ترمى اليه أبحاثهم هو استكشاف ما هو القانون المعمول به فعلا لا ما يجب أن يكون عليه القانون

مثلا لا يمكن ان يقال ان القاعدة المقررة فى القانون الانجليزى والتى بمقتضاها

تكون الأحوال الشخصية تابعة لقانون موطن الشخص ، والقاعدة المقررة فى القانون الايطالى والتى بمقتضاها تكون الاحوال الشخصية تابعة لقانون جنسية الشخص قاعدتان غير مختلفتين اذ الواقع أنهما تؤديان الى حلول قد تختلف اختلافاً تاماً ولذلك لا يمكن اعتبارهما مستنبطتين من قاعدة عامة واحدة ولا يمكن أن يكون كل منهما جزءاً من القانون العام المعمول به فى أوربا . الا أن الحقيقة فى نظر أصحاب المذهب العملى أن كلا منهما قاعدة معروفة فى القانون الدولى الخاص وهما موضوعتان لاختيار القانون الذى يعمل به — الأولى جزء من القانون الانجليزى والثانية جزء من القانون الايطالى

مزاياه ٣٨ — أهم مزايا المذهب العملى انه يجعل الكاتب والقارئ يركنان دائماً الى تلك الحقيقة الثمينة وهى انه لا يمكن أن تعتبر قاعدة من القواعد قانوناً الا اذا كانت معتبرة جزءاً من قانون بلد معين وان الطريقة السديدة فى تعرف ماهى قواعد القانون الدولى الخاص فى فرنسا أو فى انجلترا مثلا هى دراسة القوانين والاوامر العالية التى أصدرتها السلطات التشريعية وأحكام المحاكم التى يتكون منها القانون فى هذين البلدين وما تتّبعه تلك المحاكم عملا فى حالة عدم النص أو عدم كفايته

أما الرجوع الى المبادئ العامة النظرية فانه ، حتى فى رأى العلماء الذين يعتبرونها المأخذ أو الاساس الوحيد للقانون الدولى الخاص ، فانه لا يكون الا حيث يخلو القانون عن النص أو حيث لا يكون ثمت مبادئ ثابتة أقرتها المحاكم من قبل ، فى مسألة معينة لم يُبت فيها لا تشريعياً ولا قضائياً . ففى هذه الاحوال التى لا يندر حصولها يضطر الكاتب الى الالتجاء الى المبادئ العامة ليقرر الحكم الذى يتبعه فى الحالة التى تعرض أمامه

٣٩ — أما عيوب المذهب العملى فهى أولاً انه يشغل الكاتب عن تعرف مقدار احترام بعض المبادئ أو القواعد المعينة ، فى أعين الامم المختلفة ، فيما يتعلق

بالقانون الدولى الخاص وثانياً انه يلقى الستار على حقيقة ثابتة فيخفيها وهذه الحقيقة هى ان عدد القواعد الثابتة والمقررة فيما يتعلق بالقانون الدولى الخاص الموجودة فى قانون أى بلد من البلاد قليل جداً ، وانه عند ما تعرض حالة لم تقرر فيها قاعدة معينة من قبل ، يكون من واجب القضاة أن يحكموا فيها؛ وهم بحكمهم هذا يضعون أساساً جديداً فى التشريع وسنةً قد تكون واجبة الاتباع فيما يحدث من المسائل من بعدها ، وهم فى حكمهم هذا لا يفترّون عن الرجوع الى المبادئ المقررة فى البلاد الاخرى والتى يمكن أن يطلق عليها من باب المجاز لفظ القانون العام الاوروبى Common Law of Europe

٤٠ — ومع ذلك فان المذهب العملى هو الذى يجب اتباعه ، رغم عيوبه ، لدراسة قواعد القانون الدولى الخاص اذا ما أراد الانسان أن يدرسها بصفتها فرعاً أو جزءاً من قانون بلاده أو قانون أى بلد آخر ، وذلك لأن التمسك بهذا المذهب ينفى عن الكاتب وجوب البحث والنظر فى مواضيع متعددة كثير منها غريب فى بابه مثل تاريخ نشوء قواعد القانون الدولى الخاص كما ينفى عنه وجوب الدفاع عن رأى معين لتأييده وتفضيله على سائر الآراء الاخرى متى ثبت ان هذا الرأى هو الذى قد اتبعه المشرع أو ثبتت عليه الاحكام فى القانون الذى يدرسه ، لأن شارح القانون ليس بمضطر أن يقف موقف المادح أو المعتذر . ومع ذلك فان السعى فى تبيان حالة القانون كما هى مقررة فى بلد معين لا يمنع مطلقاً من تبيان الاسباب والوجوه التى بنيت عليها القواعد التى أخذ الشارح على نفسه شرحها وجوب اتباعه

اذا نظرنا الى قواعد القانون الدولى الخاص المعمول بها فى أى بلد من البلاد المتمدينة — انجلترا مثلا — وجدنا انها ليست مزيجاً متنافراً من المبادئ بل هى على العكس مجموعة متناسقة من القواعد لكل واحدة منها اتصال محكم بغيرها ولدى تعرّف حقيقة هذه القواعد يوجد مجال كبير ، كما سبق بيانه ، للالتجاء المشروع الى تطبيق المذهب النظرى . ذلك انه كلما وجدت حالة أو حالات معينة

خلت عن الاحاطة بها النصوص القانونية أو الأحكام الثابتة فان الباحث المتبصر يكون مضطراً الى الالتجاء الى القوانين والاحكام الاجنبية والى أقوال العلماء ليسترشد بها ، ولا يكون أساس هذا الالتجاء ما للقانون العام الاوروبى المزعوم من السلطان أو الحكم ، بل يكون أساسه ان القضاة مضطرون فى أحكامهم الى تقدير قيمة أبحاث العلماء ومدفوعون بعامل توحيد الاحكام فى المسائل التى تهم رجال القانون فى كل العالم المتمدين (قارن المادة ١١ مدنى مختلط)

كيف الوصول اليه

٤١ — ان اتباع المذهب العملى واجب على كل مؤلف يريد أن يبين حالة القانون الدولى الخاص فى بلده — يجب عليه بقدر الاستطاعة أن يسلك السبيل التى يسلكها القضاة فى بلده كلما اضطروا للحكم فى قضية تثير تنازعاً بين قوانين مختلفة فيجب البحث أولا عما اذا كان هناك نص خاص فى القوانين أو الاوامر العالية المعمول بها فى البلد فاذا ما وجد النص فلا محل لاهماله أو الخروج عنه حتى ولو كانت قواعده مخالفة لما هو متبع فى البلاد الاخرى أو لقواعد القانون العام الاوربى . فاذا لم يكن ثمت نص فيجب الرجوع الى ما حكمت به المحاكم من قبل فى مثل هذا الموضوع اذا ثبتت على مبدأ معين ، حتى تكون الاحكام على وتيرة واحدة

أما اذا لم يكن ثمت نص ولا أحكام ثابتة فى الموضوع فيجب الاسترشاد بما جاء فيه فى القوانين والاحكام الاجنبية وما رواه فيه الشراح من الآراء والأفكار(١)

التطورات التاريخية فى القانون الدولى الخاص

احالة

سوف نعود الى دراسة هذا الموضوع اذا ما وصلنا الى قواعد تنازع القوانين حتى يكون مقدمة نافعة لها (بند ٢١٨ "").

---

[٤١] (١) قارن دايسى ص ١٦ — ٢٣ والمرافعات بند ٤٧ — ٥٨

الفصل الثانى

القانون الدولى الخاص فى مصر

٤٢ — ليس ثمت من كتاب فى القانون الدولى الخاص فى مصر غير الذى وضعناه باللغة الانجليزية فيه و يكاد يكون هـذا الكتاب طبعة ثانية عربية منه[1] ولم يضع المدرسون الاجانب الذين سبق لهم تدريس هذا العلم فى مدرسة الحقوق الملكية كتباً فيه بل وضعوا مذكرات لم يصل الى علمنا منها غير مذكرات المستر ساندرس المستشار بمحكمة الاستئناف الاهلية الآن ومذكرات المسيو ارمانچون القاضى بمحكمة مصر المختلطة الآن — الاولى فى غاية الاختصار والثانية ذات شكل خاص فى التعبير وفى الطريقة وتكاد تتبع المذهب النظرى منظوراً اليه من وجهة خاصة كما سيتبين مما يلى (بند ٥١ ”)

وفيما عدا ذلك توجد بعض المؤلفات فى مواضيع خاصة مفيدة جداً ولكنها لا تشمل نطاق القانون الدولى الخاص وأهم هذه المؤلفات كتاب العلامة دو روزاس ناظر مدرسة الحقوق الفرنسية فى موضوع الامتيازات الاجنبية وكتاب الاستاذ ارمانچون فى « الاجانب وأصحاب الحمايات فى الامبراطورية العثمانية » وبعض مقالات له أيضاً فى المجلات الاوربية بخصوص طريقة الدراسة فى القانون الدولى الخاص على العموم وفى مصر على الخصوص وتوجد بعض مواضيع لا تخلو من الفائدة فى تقارير المستشار القضائى للحكومة المصرية فى تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلفة التى تقيم العدل فى مصر . على ان أهم مآخذ القانون الدولى الخاص فى مصر بعد النصوص القانونية القليلة المبعثرة فى القوانين المصرية هو أحكام

---

[٤٢] (١) يوجد كتاب عربى فى القانون الدولى الخاص لجمال الدين وبسطورس بشاره ولكنا لم نعثر له على أثر

المحاكم المختلطة فى المسائل المتنوعة التى تعرض عليها وأحكام أهلية قليلة فى الموضوع و بعض المنشورات الادارية التى تصدر من وزارة الحقانية الى المحاكم الشرعية على الخصوص لبيان حدود اختصاصها فى بعض المسائل

لذلك كانت مهمة المؤلف فى هذا الموضوع بالنسبة لمصر على الخصوص مهمة شاقة جداً وذات مسئولية كبيرة . على أننا توخينا فيما كتبنا عن مصر المذهب العملى الذى شرحناه فى بند ٣٦ ،، وجعلنا كل همنا تعرف الحالة الحقيقية للقانون الدولى الخاص كما جاءت بها النصوص وحكمت بها المحاكم مكملين مالم يرد فيه نص ولا حكم باستنتاجاتنا الخاصة من القواعد العامة المناسبة لحالة القانون فى مصر . ولفهم هذه الحالة تماماً يجب أن نبين الفرق بين مصر وأوروبا فيما يتعلق بحكم القانون الاقليمى على سكان البلاد وحكم محاكم البلاد على من يقطنها من الناس

٤٣ — غير خاف أن تعريف القانون الدولى الخاص الوارد فى بند ٣ و بيان طبيعته وموضوعه كما تقدم فى بند ٤ ،، يفترضان العمل بقواعده بين امم او بلاد يحكم كل منها قانون واحد خاص به ، يطبق على كل من كان فيه من السكان كما يفترضان وجود نوع واحد من المحاكم فى كل بلد ، و يشمل اختصاصه سكان ذلك البلد جميعهم و يشمل كل ما يمكن ان يقع من الخلاف بينهم فى أى موضوع من المواضيع المدنية والشخصية والجنائية ؛ وسواء كان مذهب القانون المعمول به فى اى بلد من البلاد الاوروبية والامريكية شخصياً personal او اقليمياً territorial فان قوانين هذه البلاد المختلفة لا تميز مطلقاً بين الديانات المختلفة لتعطى لكل دين حكما فان القوانين المذكورة قد اصبحت كلها اما اقليمية سارية على كل من يتوطن فى البلد ، واما وطنية سارية على كل من يتجنس بجنسية البلد فمثلا لا محل للتمييز فى فرنسا بين مسيحى واسرائيلى ولا بين من كان بروتستانتياً او كاثوليكياً ، فكلهم ذوو جنسية فرنسية وكلهم خاضع للقوانين الفرنسية السارية على جميع الفرنسيين بلا فرق فى الاديان والمعتقدات وكلهم خاضع للمحاكم الفرنسية التى هى

واحدة بالنسبة لجميع الفرنسيين بلا تمييز ايضاً . وفضلا عن ذلك فان هناك طائفة كبيرة من القوانين او القواعد فى فرنسا وانجلترا وغيرهما تسرى فى كل من هذه البلاد على جميع الافراد الذين يوجدون فيها بصرف النظر عن كونهم تابعين للبلد من حيث الجنسية او غير تابعين له كما ان هناك طائفة كبيرة من الامتيازات يتمتع بها اهالى كل بلد اوروبى او امريكى وهى محرمة فيه على من كان اجنبياً . كذلك توجد دائماً طائفة من القيود يتقيد بها الاجانب فى كل بلد متمدين ، ولا يوجد امتيازات للاجانب فى غير بعض بلاد الشرق التى لم تتخلص منها للآن . مثلا لا يمكن ان يعين اجنبى قاضياً فى فرنسا ولا يجوز لاجنبى ان يكون محامياً فيها ، وعلى كل اجنبى واجبات يؤديها باعتباره اجنبياً كأن يبلغ البوليس عن حضوره والغرض من وجوده فى البلد ويستحصل على تصريح بالاقامة او نحو ذلك مما لا يتطلب من اهل البلاد الفرنسية مثلا [1]

٤٤ — فالحالة المذكورة اعلاه لا تسمح مطلقاً بوجود اى تنازع داخلى بين قانونين او اكثر فى فرنسا لان التنازع يقتضى وجود قوانين مختلفة تتنازع العمل فى وقت واحد وفى مكان واحد وليس ثمت قوانين من هذا القبيل فى فرنسا لانه لا يوجد فيها سوى القانون الفرنسى وحده وهو واحد ، وكل ما يمكن ان يوجد من النزاع بين القوانين المختلفة فى فرنسا يتعلق بمادة استناد القوانين او عدم استنادها وهذا نزاع بين قانون فرنسى جديد وقانون فرنسى قديم ايهما يعمل به فى القضية المطروحة امام القاضى الفرنسى وهذا النزاع لا علاقة له مطلقاً بالقانون الدولى الخاص (قارن بند ٥)

كذلك لا تسمح تلك الحالة المذكورة اعلاه بوجود اى تنازع فى الاختصاص بين محاكم متعددة تجلس للحكم فى فرنسا مثلا لانه ليس ثمت من محاكم متعددة

---

[٤٣] (١) قارن ڤاليرى ص ٣٦٣ — ٤٥٦ وبند ١٤٧ ،، فيما يلى

فيها بل كلها محاكم فرنسية وما يمكن ان ينشأ بينها من التنازع انما يتعلق بأنواع الاختصاص الداخلى وهو الاختصاص بالنسبة لنوع القضية او لمركز المحكمة وهذا ايضاً لا علاقة له بالقانون الدولى الخاص

من اجل ذلك لا يذكر علماء القانون الدولى الخاص فى البلاد الاوروبية عند ما يتكلمون عن القوانين والمحاكم المختلفة غير الفاظ تشعر بانهم انما يتكلمون عن قانون بلد من البلاد التى ذكرت حالتها آنفاً وعن محاكم البلاد نفسها فيقولون مثلا « القانون الاقليمى أو المحلى » ويقصدون به القانون الفرنسى مثلا الذى يطبق على كل سكان فرنسا و « المحاكم الاقليمية أو المحلية » ويقصدون بها المحاكم ذات السلطان الكامل على كل سكان البلد ؛ واذا عرّفوا القانون الدولى الخاص ذكروا انه القواعد التى تبين القانون الذى يختار من بين عدة قوانين لأمم او لبلاد مختلفة كما تبين محاكم اى البلاد هى المختصة . واذا تكلموا عن قانون معين قالوا « قانون بلد معين » او محاكم معينة قالوا « محاكم بلد معين » لان التنازع فى نظرهم يكون على العموم بين قانون بلد وقانون بلد آخر او بين محاكم بلد ومحاكم بلد آخر

٤٥ — وتختلف الحالة فى مصر عنها فى البلاد الاخرى اختلافاً كبيراً من حيث ما ذكرناه . فالمشرع المصرى يقر ويعترف بوجود قوانين دينية متعددة تحكم مسائل الاحوال الشخصية لرعاياه المختلفين — كل بحسب دينه — ويقر ويعترف بوجود محاكم مصرية متعددة للاحوال الشخصية لكل طائفة من رعاياه ، تطبق القوانين الدينية المختلفة المذكورة . وفى المسائل الاخرى وهى الاحوال العينية والالتزامات المدنية والتجارية والمسائل الجنائية ، جعل المشرع المصرى القانون واحداً لجميع المصريين كما جعل المحاكم واحدة ، فتتبع بذلك خطوات الامم الغربية فى توحيد القوانين والمحاكم لرعايا البلد الواحد وهى الفكرة الوطنية التى تتمشى نحوها كل النظامات ولا يتم تحقيقها من حيث القانون والقضاء الا اذا توحدت

الاحوال الشخصية ايضاً من حيث القانون ومن حيث المحاكم التى تفصل فيها وأصبح القانون واحداً للجميع والمحاكم واحدة للجميع ولكن دون تحقيق ذلك فى مصر عقبات لا يستهان بها

ومن جهة أخرى فان الامتيازات الاجنبية قد ضمنت للاجانب حالة ممتازة فى مصر انعكست بها الآية فبدلا من ان يكون الامتياز فى مصر للمصريين كان الامتياز فيها للاجانب على المصريين وكانت نتيجة هذه الحالة من الوجهة العملية ان تمتع الاجانب فى مصر بحقوق كثيرة فى منتهى الاهمية مثل عدم خضوعهم لسلطة الحكومة المصرية فيما يتعلق بالضرائب وعدم خضوعهم للقوانين واللوائح المحلية الا التى تسن بطرق مخصوصة ، ومنها تمتعهم بحرية المساكن على شكل يكاد يكون مطلقاً ومشاركتهم للمصريين فى الوظائف والقضاء والمحاماة والحرف الخاصة بل وتفوقهم فى كثير منها عليهم

وكانت نتيجة امتيازاتهم من الوجهتين القضائية والقانونية ان وجدت محاكم خاصة — هى المحاكم المختلطة وتتبع قانوناً خاصاً بها هو القانون المختلط — للنظر أولا فى المنازعات التى تقوم بين الاجانب وثانياً فى المنازعات التى تقوم بين الاجانب والاهالى ، فدخل بذلك المصريون جميعاً تحت سلطة هذه المحاكم الخاصة التى يتغلب فيها العنصر الاجنبى وخضعوا لقانونها فى مصر رغم وجود المحاكم الاهلية والقوانين الاهلية . وظل الاجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية وأهم مسائلهم الجنائية خاضعين للمحاكم القنصلية ولقوانينهم الجنسية

فنشأ عن ذلك كله ان تعددت المحاكم فى القطر المصرى وتعددت معها القوانين المعمول بها بحيث اذا قيل لفظ « القانون المصرى » لم يكن من الممكن ان ينصرف اللفظ الى ما يماثله فى فرنسا مثلا ؛ واذا قيل « المحاكم المصرية » لم يدل ذلك على ما يدل عليه لفظ « المحاكم الفرنسية » مثلا وذلك لوجود قانون واحد ومحاكم واحدة فى فرنسا ولوجود قوانين متعددة ومحاكم متعددة فى مصر

المحاكم المختلطة فى مصر

٤٦ — واذا حاولنا حصر المحاكم التى تقوم باعباء العدالة فى مصر وجدناها لا تقل عن ثلاثين صنفاً وهى (١) المحاكم الاهلية (٢) المحاكم المختلطة (٣) المحاكم القنصلية التابعة للحكومات الموقعة على نظام المحاكم المختلطة وعددها خمس عشرة على الاقل (٤) المحاكم الشرعية (٥) البطركخانات وعددها على الاقل اثنتا عشرة وهى بطركخانات الاقباط الاورثوذكس[1] والاقباط الكاثوليك[2] واليونانية الارثوذكسية واليونانية الكاثوليكية ، والموارنة ، والارمن الارثوذكس والارمن الكاثوليك[3] ، والكلدان الكاثوليك ، والسوريين الارثوذكس ، والسوريين الكاثوليك ، والبروتستانت الاهلية (أو الانجيليين الوطنيين)[4] والحاخامخانات الاسرائيلية ، ومجموعها لا يقل عن الثلاثين ولكل منها قانون خاص[5]

---

[٤٦] (١) راجع الامر العالى الصادر فى ١٤ مايو ١٨٨٣ والمعدل بالقانون نمرة ٨ الصادر فى ٣١ ديسمبر ١٩٠٨ والقانون نمرة ٣ الصادر فى ١٢ فبراير ١٩١٢ بترتيب واختصاص مجلس الاقباط الارثوذكسيين وهو مشتمل على لائحة مكونة من ٣٨ مادة ولهم لائحة لانتخابات المجلس الملى العام والمجالس الفرعية التابعة وهى مكونة من ٢٢ مادة ولهم لائحة داخلية مكونة من ٣٠ مادة وكلها منشور فى مجموعة القوانين لعبد الفتاح بك السيد وكامل بك مرسى ص ١٩٧ — ٢١١

(٢) ولهم قانون خاص للاحوال الشخصية يقع فى ١٨٤ مادة وهو منشور بالفرنسية فى كتاب سيداروس بك فى البطركخانات ص ٤٢٠ — ٤٤٣ ولهم كذلك قانون مرافعات منشور فى الكتاب المذكور ص ٤٤٤ — ٤٦٢ وقانون لادارة الاوقاف الخاصة بهم ومنشور فى ص ٤٦٣ — ٤٧٠

(٣) ولهم مجلس ادارى مشكل بمقتضى القانون نمرة ٢٧ الصادر فى ١٨ نوفمبر ١٩٠٥ الذى أقر القانون النظامى للطائفة المذكورة وهو يقع فى ٢٧ مادة وهو منشور فى المجموعة السابق ذكرها ص ١١٦ — ١٢٠

(٤) ولهم مجلس عمومى صدر بتشكيله الامر العالى المؤرخ فى أول مارس ١٩٠٢ ومنشور فى مجموعة القوانين السابق ذكرها ص ٢٤٨ — ٢٥٣ ولهم لائحة داخلية مصدق عليها من وزارة الداخلية فى ٢٩ يونية ١٩١٦ ومنشورة فى المجموعة المذكورة ص ٢٥٣ — ٢٦٣

(٥) البطركخانات الثلاث الصادرة بشأنها أوامر عالية مصرية وهى بطركخانة الاقباط الارثوذكس والارمن الكاثوليك والانجيليين الوطنيين هى وحدها المنظمة بقوانين مصرية واما ما عداها فهو سائر طبقاً للفرمانات الشاهانية وعلى الخصوص طبقاً للخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير ١٨٥٦ (بند ١٦٦) وهو منشور فى المجموعة المشار اليها ص ٢٨٤ — ٢٩٤

تنائج تعدد المحاكم

٤٧ — واذا أردنا معرفة آثار هذه الحالة من وجهة القانون الدولى الخاص وجدنا ان المركز الاستثنائى الذى توجد فيه مصر فى الوقت الحاضر من حيث تعدد القوانين والمحاكم فيها ينشئ حالة خاصة فى القانون الدولى الخاص تجب ملاحظتها كلما وجدت أية قضية فيها عنصر أجنبى فى مصر ، اذ يكون نطاق تنازع القوانين عندنا أوسع منه فى أية جهة أخرى من بلاد العالم المتمدين ، ونطاق تنازع الاختصاص فى مصر كذلك أوسع منه فى أية جهة أخرى

واذا نزلنا الى البحث والتحليل وجدنا ان هذه الحالة الاستثنائية تخلق نوعين من التنازع فى القوانين والاختصاص

النوع الأول هو التنازع بين أى قانون مصرى معين وقانون أجنبى بمعنى الكلمة أى قانون بلد أجنبى كفرنسا مثلا بسبب كون العقد مثلا قد عمل فى فرنسا أو ان تنفيذه سيكون فى فرنسا ، ونحوه التنازع فى الاختصاص بين محكمة مصرية معينة ومحكمة فرنسية فى فرنسا لنفس السبب المذكور وهذا النوع هو الذى يمكن ان يطلق عليه لفظ نزاع فيما يتعلق بالقانون الدولى الخاص من الوجهة التى يدركها ويدرسها علماء القانون الدولى الخاص باعتبار أن النزاع حاصل بين قوانين بلدين معينين أو محاكم بلدين معينين وهذا هو النزاع الذى يرجع فيه دائماً الى مبادئ القانون الدولى الخاص المعروفة فى اوروپا والعالم المتمدين وهو الذى يشتمل دائماً على عنصر أجنبى خارجى (بند ٣١٤) يمكن ان يدعو الى تطبيق قانون أجنبى فى مصر

النوع الثانى هو التنازع فى مصر بين القوانين المختلفة المعمول بها فى مصر أو بين المحاكم المختلفة المخول لها الحكم فى مصر وهذا النزاع كما يمكن ان يحصل بين قوانين مصرية بحتة أى سنها المشرع المصرى ، وفى اختصاص محاكم مصرية بحته أى رتبها المشرع المصرى للحكم بين المصريين فى مسائل مختلفة ، يمكن ايضاً ان ينشأ بين قانون مصرى بحت وقانون أجنبى سمح المشرع المصرى بتطبيقه فى مصر أو جرى العمل على تطبيقه فى مصر ولم يعارض المشرع المصرى فى ذلك ؛

ويمكن ايضاً ان ينشأ بين محكمة مصرية بحته وبين محكمة أجنبية تقيم العدل فى مصر بتسامح من المشرع المصرى

النزاع الداخلى

وهذا النوع الثانى من التنازع بين القوانين والمحاكم فى مصر لا يمكن ان يكون نزاعاً مصرياً داخلياً بحتاً نظراً لكونه قد يحصل بين قوانين طوائف مختلفة او محاكم طوائف مختلفة من الناس، او بين قوانين سلطان كل منها محدود، أو بين محاكم اختصاص كل منها معين كما يمكن ان يكون لتلك الطوائف جنسية أجنبية مستمدة من حكومة أجنبية فيكون القانون اجنبياً مسموحاً له بسلطان محدود فى مصر، او تكون المحكمة إجنبية محدودة الاختصاص داخل الاقطار المصرية . واذا تركت جميع المحاكم فى مصر يحكم كل منها مستقلا عن الآخر ويقضى بقانونه الخاص ينشأ عن ذلك تضارب فى الاحكام فى القضية الواحدة، فتحار فى تنفيذها سلطات الحكومة المحلية وتوجد حالة من الفوضى لا يمكن تحملها فى بلد راق . كما ان الحكومة المصرية عاجزة عن التشريع فى الواقع لوضع حد للمنازعات المذكورة كافةً نظرا لقلة سلطتها على الاجانب ونظراً لما قد ينشئه تدخلها التشريعى من الخلاف بين الطوائف المختلفة والنفور المتبادل الذى ينجم عن انتصار الحكومة لقانون دون قانون او محكمة دون محكمة، والواقع ان النصوص التشريعية الموجودة فى مصر فيما يتعلق بحل النزاع الذى ينشأ عن وجود القوانين والمحاكم المختلفة فيها نصوص قليلة جداً ضئيلة الفائدة تكاد تكون لا قيمة لها من الوجهة العملية وان التنازع بين القوانين والمحاكم المختلفة فى مصر مهمل امره من الوجهة التشريعية ومهمل امره فى الدراسات القانونية ومتروك للمحاكم المختلفة تقضى فيه كل بحسب القانون الذى تعتقد انه واجب التطبيق، وكل محكمة تفصل فى امر اختصاصها، ومنها ما يمكّنه مركزه الخاص من الفصل فى اختصاص غيره، ومنها ما تنفذ احكامه دائماً ومنها ما يتعطل تنفيذ بعض احكامه عملا اما لعدم وجود من يساعد على تنفيذه واما لوجود احكام اخرى فى نفس الموضوع صادرة من محاكم اخرى نفذت من قبل او نفذت من بعد صدور الحكم

فالغت تنفيذاً سابقاً قد حصل لحكم آخر صادر من سلطة أخرى

القانون الدولى الخاص الداخلى

لذلك رأى بعض العلماء ومنهم العلامة الالمانى بار[١] والمسيو ارمانجون ان النوع الثانى من النزاع اى النزاع الداخلى يجب ان ينظر اليه بمنظار القانون الدولى الخاص ايضاً وسماه الثانى القانون الدولى الخاص الداخلى Droit international privé interne[٢] لأنه نزاع بين قوانين طوائف مختلفة او محاكمها وان لم تكن تلك الطوائف امماً او شعوباً مستقلة الا انها يجب ان يصيبها من العدل فى تطبيق قوانينها واحترام اختصاص محاكمها ما يصيب الامم الاخرى من العدل فى مثل ذلك وهذا مذهب نظرى يصبو الى تحقيقه كل محب للعدل ولكن دون تحقيقه خرط القتاد ودراسته على هذا المنهج محفوفة بصعوبات جمة وغير منتجة نتيجة تتناسب مع المجهود الذى يصرف فى الوصول الى القواعد التى يمكن ان توضع لها وذلك للأسباب الثلاثة الآتية :

اولا — ان هذه المادة تكاد تكون خالية عن قواعد عامة او مبادئ اساسية مقررة لها

ثانياً — ان المحاكم المختلفة التى تقوم باعباء الحكم فى مصر لا يجمعها غرض واحد ترمى كلها اليه ولا هى مدفوعة فى احكامها بعامل واحد بل ان طبيعة اغلبيتها وما جبلت عليه من حب بقاء القديم على قدمه وتصلبها فى الحكم بما توجبه عليها قوانينها التى تكاد لا تقر وجود محاكم اخرى ولا قوانين اخرى بجانبها وبجانب قوانينها — هذا وذاك يجعلها تنفر من احترام قوانين غيرها وتكاد لا تعبأ بأحكام غيرها الا فيما يُلزمها فيه نص خاص او قوة ظاهرة قاهرة

ثالثاً — ان اصول الدراسة والبحث والمآخذ التى يرجع اليها اعضاء المحاكم المختلفة التى تجلس للحكم فى مصر ، مختلفة كلها اختلافاً كبيراً ، وعقلية كل طائفة

---

[٤٧] (١) بار ص ١ حاشية ١

(٢) وقد وضع فيه رسالة نشرت فى مجلة كلونيه ١٩١٢—١٩١٣ وتقع فى ٧١ صفحة

منها تختلف عن عقلية الطوائف الاخرى ؛ وللاديان المختلفة نفوذ مختلف ، وللجنسية عصبية خاصة خصوصاً فى بلاد مثل مصر ؛ وكل محكمة من المحاكم تسعى جهدها فى توسيع اختصاصاتها على حساب المحاكم الاخرى وتميل الى جعل سلطة قانونها هى العليا غير ناظرة فى كثير من الاحوال الى اى حقوق يمكن ان تكتسب تحت سلطان اى قانون آخر ؛ ووسائل التنفيذ واداته مختلفة؛ فمن المحاكم ما تُنفذ احكامه بواسطة رجاله الخاصين وهم المحضرون فى المحاكم المختلطة والاهلية ؛ ومنها ما تُنفذ أحكامه بواسطة الادارة وهذه تنفذ الحكم اذا كان لا يخالف قواعد الاختصاص الموضوعة للمحاكم التى اصدرته وعند النزاع كثيراً ما يرفع الامر الى اقلام قضايا الحكومة لتبدى رأيها فى مسائل الاختصاص كما يجوز ان ترفع دعاوى على الحكومة امام المحاكم الاهلية لعدم تنفيذ الاحكام الشرعية او الشخصية على العموم او ترفع دعاوى امام المحاكم المختلطة قد تنتهى بالحكم باختصاص او عدم اختصاص المحكمة التى اصدرت الحكم الذى تسببت عنه الدعوى المختلطة

من اجل ذلك كان واجباً على من يتصدى لبيان حالة تنازع الاختصاص والقوانين فى مصر ان يدرسها طبقاً للمذهب العملى (بند ٣٦ ‹‹) تاركا البحث على الطريقة النظرية للاحوال التى لم يجر العمل فيها على نمط معين وذلك لا يمنع بالضرورة من بيان عيوب النظام المتبع عملا اذا كان ثمت نظام ، ولا يمنع من الاشارة الى وجوب الاصلاح كلما كان لذلك محل

قصر الابحاث على بلاد المدنية

٤٨ — ومن اجل ما ذكرناه ايضاً من اختلاف المرامى والافكار والنظم السائدة فى محاكم الطوائف المختلفة وعدم التشابه بينها قد اقتصر اغلب علماء القانون الدولى الخاص فى ابحاثهم على دراسة مسائله التى تنشأ عن تنازع القوانين والاختصاص عند الامم التى يسمونها بالامم المتمدينة — لا لأنها هى وحدها التى امتازت بالمدنية بل لأن غيرها قد يكون له مدنيات تختلف عن المدنية السائدة عندهم

يقول العلامة دايسى « ان قواعد القانون الدولى الخاص لا يمكن أن يعمل بها الا بين الامم التى وصلت الى درجات متشابهة أو متقاربة فى المدنية أى حيثما يوجد تشابه فى المبادئ بين الافكار القانونية والادبية السائدة فى الشعوب المختلفة »

٤٩ — ومن هذه الوجهة يقصد بالدول « المتمدينة » أية دولة من الدول الاوروبية المسيحية وأى بلد من البلاد التى تستعمرها أو تحكمها حكومة اوروبية طبقاً للمبادئ المقررة عند الحكومات الاوروبية المسيحية [1] « فمن المؤكد ان المحاكم الانجليزية تحترم الحقوق التى اكتسبت تحت سلطان القانون الفرنسى أو القانون الايطالى ولكن ليس من المؤكد ان تحترم المحاكم الانجليزية حقوقاً اكتسبت تحت سلطان قانون الصين أو قانون بلاد بتشوانا [2] وأقل ما يقال عن ذلك ان الامر مشكوك فيه » ودايسى لا يريد ان يقول بعدم احترامها مطلقاً فى هذه الاحوال فلا ينفى ذلك امكان احترام حقوق اكتسبت تحت سلطان القانون العثمانى أو القانون اليابانى مثلا ولكنه لا يتكلم عن النزاع الذى يمكن أن يحصل بسبب امكان تطبيق مثل هذه القوانين واحترامها خارج حدود بلادها ، وطبعاً لا يتعرض دايسى بالكلية لبحث الحد الذى تحترم فيه الحقوق الناشئة عن التمسك بقانون بلد من البلاد غير المتمدينة بالكلية أو « البلاد البربرية » بالمعنى التام ، ويرى ان دراسة قواعد القانون الدولى الخاص ، بهذا الشكل ، تكون خالية من التعقيد الذى لا ضرورة له متى رفعنا عنها كل ما يتعلق بمقدار احترام المحاكم الانجليزية لقوانين العالم غير المتمدين [3] البلاد المتمدينة

---

[٤٩] (١) دايسى ص ٣٠ حيث يقرر ان انجلترا وفرنسا والمكسيك والولايات المتحدة الامريكية والهند البريطانية فيما هى محكومة به بقوانين بريطانية تعتبر بلادا متمدينة بعكس الصين وتركيا فلا تعتبران بلاداً متمدينة بالمعنى المقصود هنا . ونحن نرى ان هذا الرأى قد يتغير عند امثال دايسى بعد امضاء معاهدة لوزان فانها خلقت باقرار الدول العظمى تركيا جديدة من تركيا القديمة

(٢) دايسى ص ٣١

(٣) دايسى ص ٣٠

ودايسى لا يكرس فى كتابه الكبير غير أربع صفحات (فى الطبعة الثالثة) للاعمال التى تقع فى بلاد غير متمدينة (ص ٧٨٩ ") [٤]

٥٠ — أما الصعوبات التى اشرنا اليها فى مصر فقد تذلل قليل منها بما ذكرناه عنها فى كتاب المرافعات حيث درسنا الخلاف الذى يقع فى الاختصاص فى المسائل المدنية والتجارية بين المحاكم الاهلية والمختلطة وبين هذه والقنصلية وبين المحاكم الاهلية والشرعية [١] وسنتكلم عن الموضوع برمته هنا فى الكتاب الرابع حيث يكون مقصوراً على النزاع فى المسائل الداخلية فى مصر

مجهودات الاستاذ ارمانچون

فى القانون الدولى الخاص فى مصر

٥١ — كان الاستاذ پيير أرمانچون القاضى بمحكمة مصر المختلطة مدرسا للقانون الدولى بمدرسة الحقوق الملكية من عهد بعيد وقد تخرج على يديه عدد كبير من طلبة الحقوق الذين درسوا القانون الدولى الخاص على طريقته النظرية الخاصة وبالالفاظ الخاصة التى يستعملها هو وحده والتى قد لا يرد لها ذكر مطلقا فى كتب القانون المتداولة ولا يزال الاستاذ يهتم بنشر آرائه وطريقته فى المجلات العلمية وبذلك أصبح واجبا علينا ان نشير بايجاز الى مجهوداته حتى نستفيد مما فيه

---

(٤) قارن أيضا وستليك ص ٥٣ حيث يقول : وكما انه توجد أمم مثل الترك والصين تختلف فى افكارها وطرقها عنا اختلافا يمنعنا منعا تاما من ان يكون بيننا وبينهم نظام معين فى القانون الدولى الخاص كذلك قد توجد اختلافات بين الامم المسيحية نفسها توجب وضع قيود للقاعدة العامة التى تقضى باحترام قوانينها واحكامها فى بعض المسائل وكذلك ص ٦٨ § ٣٤ وص ٣٠٩ — ٣٢١ وبيبه ص ٣٢٠ فى الحاشية حيث يقول فى معرض اختلاف القوانين بخصوص الجنسية والموطن : القانون الدولى الخاص ليس علما عالميا لانه لا يتيسر الا بين الامم ذوات التمدين المتقارب واذا كانت عموميته أو عالميته امراً مرغوباً فيه فان . . . خير القوانين الوضعية هو ما لم يتعارض مع النظام الطبيعى للاشياء

[٥٠] (١) راجع كتاب المرافعات بند ٣٧٨ "

الفائدة ونستبعد ما كان شاذا أو غير مقر عليه من المبادئ أو الطرق الخاصة به

المسيو أرمانجون لا يستعمل لفظ « بلد أو أمة » عند ما يتكلم عن القوانين أو المحاكم ولكنه يستعمل لفظ نظام قانونى système juridique [1] حتى يشمل الكلام قانون بلد معين كفرنسا وقانون طائفة معينة من الناس كقانون الاقباط الارثوذكس المصريين أو قانون جزء من بلد معين كقانون اسكوتلندا مثلا . فيقول النظام الفرنسى أو القبطى الارثوذكسى أو الاسكوتلندى

النظام القانونى ويعرف الاستاذ «النظام القانونى» بأنه مجموعة أشخاص تجمعهم رابطة خضوعهم لقانون مخصوص ينظم حياتهم الاجتماعية وقد تجمعهم ايضا رابطة أخرى هى وجود محاكم خاصة بهم لتطبيق قانونهم ولكن هذه الرابطة الاخيرة ليست أساسية فى نظره ؛ ويعرف القانون الدولى الخاص بانه علم الغرض منه تنظيم تنازع القوانين او تنازع الاختصاص بين نظامين قانونيين او اكثر لمعرفة أيها يرجع اليه لاختياره للحكم فى القضية بمقتضى قاعدة من قواعده المبينة للحقوق règle positive او لمعرفة المحكمة المختصة [2]

القواعد المبينة ٥٢ — ويعرف القاعدة المبينة للحقوق règle positive بأنها القاعدة التى تبين حل المسألة بصفة مباشرة وعملية مثل المواد التى تبين حقوق وواجبات البائع او المشترى او المالك او المستأجر . والاستاذ بييه يستعمل لفظ القانون المادى Droit matériel ص ١٥٦ ودايسى يستعمل لفظ القانون الاقليمى او المحلى Territorial

---

[٥١] (١) راجع مقالته عن طبيعة وموضوع وغاية القانون الدولى الخاص فى مجلة القانون الدولى الخاص وقانون العقوبات الدولى وقد طبعت على حدة فى ٨٨ صفحة فى مارس ١٩٢٠ واشتملت على معظم أفكاره التى درسها لطلبة الحقوق وقت ان كان استاذاً بالمدرسة . كذلك كتب هذه الافكار بشكل آخر فى مجلة كلونيه مجلد ٤٩ سنة ١٩٢٢ ص ٩٠٥ بعنوان Le domaine du Droit International Privé

ويظهر ان هذا الاصطلاح قد اخذه المسيو ارمانجون من بار — راجع المؤلف المذكور ص ١ بند ١ فان بار استعمل لفظ Systems of law

(٢) قارن بار ص ١ بند ١ وراجع التعاريف الواردة فى بند ٣

or local law، بند ١٤ ؛ ومما يؤسف له ان المؤلفين يستعملون الفاظا مختلفة لبيان غرض واحد ولكن اللفظ الذى يستعمله الاستاذ ارمانچون غير صحيح فى نظرنا من الوجهة اللغوية الفرنسية لان لفظ règle positive ينصرف عندهم الى « القاعدة المعمول بها » بالفعل بمقتضى قانون معين أو بمقتضى احكام المحاكم فى بلد معين تمييزاً لها عن القاعدة النظرية التى لا يكون معمولا بها ولكن يكون مرغوبا فى ان يعمل بها [1]

قواعد الاسناد

٥٣ — ويسمى قواعد القانون الدولى الخاص الموجودة فى أى تشريع ، مثلا فى القانون المختلط ، قواعد الربط أو الاسناد règles de rattachement أى أنها تربط واقعة معينة أو عملا قانونياً ما بقانون مخصوص فتجعلها خاضعة اليه وهو الكاتب الوحيد الذى يستعمل هذا التعبير بهذا الشكل ولو ان بعض الكتاب الفرنسيين مثل دسپانييه وڤايس وبارتان قد استعملوا كلمتى se rattacher أو rattacher بالمعنى نفسه ولكن لم يستعمل احد غيره مطلقاً لفظ « قواعد الاسناد » واستعمل دسپانييه لفظ rattachement وحدها مرة أو اثنين واغلب العلماء يستعملون اللفظ المطوّل « قواعد القانون الدولى الخاص » والبعض يستعمل لفظ قواعد التنازع rules of conflict أو Kollisionsnormen [1]

اقسام القواعد القانونية

٥٤ — يقسم المسيو ارمانچون القواعد الموجودة فى اى قانون او تشريع الى خمسة اقسام

الاول القواعد المبينة للحقوق وهى التى سبق شرحها فى بند ٥٢

الثانى قواعد الاسناد ويسميها ايضاً قواعد التوزيع règles distributives وقد سبق شرحها فى بند ٥٣

الثالث قواعد الانشاء او قواعد التكييف Règles constructives ou de

---

[٥٢] (١) قارن چينى فى طرق التفسير ص ١٦ حاشية ٦ حيث يستعمل لفظ Droit positif وعكسها Droit naturel وكتاب هولاند فى مقدمة القوانين ص ٩ و ٣٤ و ٤١ .

[٥٣] (١) راجع ميلى ص ١٠٦

qualification وهى القواعد التى تنص على التعاريف والتقسيمات فيما يتعلق بالاشخاص والاشياء والحقوق [1] وهذه القواعد تختلف كثيراً من بلد الى آخر مثلا الوقف والخنثى المشكل والمهر والطلاق الرجعى : انظمة فى الشريعة الاسلامية الغراء ليس لها مقابل بالذات فى القوانين الاجنبية

الرابع القواعد الاسياسية Règles constitutives وهى التى يبنى عليها ويرتب بها النظام القانونى Système juridique التابعة تلك القواعد الى قانونه وهى تبين حدود هذا النظام ونطاقة ومن يشملهم حكمه واختصاص محاكمه أى الاقليم الذى يشمله النظام وينتج فيه آثاره المعتادة والاشخاص المكونين للهيئة الاجتماعية الخاضعة للنظام المذكور والذين لاجلهم وضع ذلك النظام أى شروط الجنسية أو الموطن أو الشروط اللازمة للعضوية فى طائفة دينية معينة الى آخره

الخامس القواعد المطلقة المبينة للحقوق Règles positives absolues أوقواعد الاسناد الوطنية المحضة Règles de rattachement purement nationales أو طبقاً للتسمية المعتادة قواعد النظام العام الدولى Règles d'ordre public international وهذه القواعد الاخيرة تعتبر استثناء من قواعد الاسناد [2]

فائدة التقسيم — ويقرر الاستاذ ان القانون الدولى الخاص ليس له مجال مطلقا فيما يتعلق بقواعد التكييف qualification ولا فيما يتعلق بالقواعد الاسياسية Règles constitutives فانها خارجة عن نطاقه ويجب ان يحكم فيها دائما بمقتضى قانون النظام الذى رفعت أمام محاكمه ، وان قواعد الاسناد تبين فى حالة الشك ما هو القانون الذى نلتجئ الى قواعده المبينة للحقوق لحل المسألة المطروحة أمام المحكمة ، وان جميع قواعد التكييف وجميع القواعد المبينة للحقوق يجب أيضاً أن تحل بمقتضى قانون المحكمة ، وان القواعد المبينة للحقوق هى وحدها التى يمكن ان يستعاض عنها

[٥٤] (١) الكتاب المذكور ص ٣١

(٢) راجع كتابه فى طبيعة القانون الدولى الخ ص ٣٠،،

بالقواعد المبينة للحقوق ، المأخوذة عن القانون الاجنبى الذى ترشدنا اليـه قواعد الاسناد

نقـــد — والعيب الاساسى فى طريقة المسيو ارمانجون لحل مسائل القانون الدولى الخاص هو اعتباره ان قواعد التكييف خاضعة دائما لقانون القاضى وهذا ما لا يوافقه عليه أحد بالشكل المطلق الذى يقول به وسيتبين هذا العيب عند ما ندرس نظرية التكييف القانونى (بند ٢٧٨ ‹‹) وقد أخذ المسيو أرمانجون فكرة التكييف القانونى عن الاستاذ بارتان ولكنه لم يتبع تقاسيم بارتان ولا افكاره فى الموضوع ولا هو اتبع أحداً من المؤلفين السابقين فى هذا الموضوع ولم يبن قوله على حجة مقبولة حتى يتسنى لمن يتبع رأيه وطريقته ان يطمئن الى صحة الحلول التى يصل اليها بالطريقة الآنفة الذكر فضلا عما فى هذه الطريقة من الغموض والشذوذ عن كل مألوف وهى بطبيعة الحال طريقة نظرية محضة (بند٣٠ ‹‹) لا مراعاة فيها للمذهب العملى الصحيح

النظامات القانونيـــة وأقسامها — ٥٥ — أما النظامات القـانونية les systèmes juridiques فان المسيو أرمانجون يقسمها الى ثلاثة أقسام بحسب وجهة النظر التى يتوخاها

٥٦ — القسم الاول : من وجهة نطاق النظامات أو مشتملاتها ، تنقسم الى نوعين

النوع الاول النظامات المقتصرة على أقل العناصر أى التى ليس لها محاكم خاصة تحكم بها مثال ذلك الشريعة الاسلامية وشريعة الهندوس فى الهند فان قواعدها تطبق بواسطة المحاكم المعتادة وليس لها محاكم خاصة بها

النوع الثانى النظامات التى لها محاكم خاصة مثل أغلب النظامات القانونية فى مصر كالشريعة الاسلامية وشريعة الاقباط الارثوذكس وغيرها فان لها محاكم خاصة هى المحاكم الشرعية وبطركخانات الاقباط الارثوذكس

٥٧ — القسم الثانى : من وجهة الدائرة التى يطبق فيها النظام ، تنقسم النظامات القانونية الى نوعين

الاول : نظامات اقليمية دائرتها عبارة عن جزء من الارض يمتد عليه سلطان النظام وتحكم المحاكم الخاصة به على كل ما يقع فى الجزء المذكور

الثانى : نظامات شخصية تسرى على طوائف معينة من الناس تربطهم روابط القومية أو الاصل أو الجنسية أو الدين

٥٨ — وتنقسم النظامات الاقليمة الى ثلاثة أقسام

الاول : نظامات حكومية أو ذوات سيادة Etatiques ou souverains مثل فرنسا والنرفيج

الثانى : نظامات الولايات وهى مكونة من عدة وحدات متحدة سياسيا Fédéraux مثل الولايات المتحدة الامريكية وفى السابق سويسره والمانيا

الثالث: نظامات مديريات أومقاطعات مثل فرنسا القديمة Interprovinciaux

٥٩ — وتنقسم النظامات الشخصية الى ثلاثة أقسام

الاول : وطنية أو أهلية Nationaux اى مكونة من رعايا الدولة التى تقرر وجود هذه النظامات بين رعاياها فى القطر الخاص بهم مثل طائفة الاقباط وطائفة البروتستانت المصرية

الثانى : اجنبية أى مكونة من طوائف أجنبية من جنسية أجنبية واحدة مثل الجاليات البريطانية والفرنسية والايطالية الموجودة فى البلاد الخاضعة للامتيازات الاجنبية

الثالث : نظامات دولية مكونة من اناس مختلفى الجنسيات Internationaux ou hétérogènes مثل مذهب الامام مالك أو الامام أبى حنيفة او القانون المختلط

٦٠ — القسم الثالث : من وجهة اتساع نطاق حكمها بصرف النظر عن

كونها شخصية أو اقليمية : تنقسم الى نوعين

الاول : نظامات بسيطة Simples أى مكونة من عنصر واحد مستقل قائم بذاته على وجه كامل مثل فرنسا فى أوروبا

الثانى : نظامات مركبة Complexes أى مكونة من عدة نظامات ؛ وتكوّن النظامات المركبة ، من نظامات « مشتركة » يسمى كل واحد منها نظاما مشتركا système conjoint ومنها واحد يعتبر النظام الغالب système dominant والاخرى نظامات خاضعة subordonnés مثلا النظام الفرنسى بالنسبة لمذهب الامام مالك وغيره فى الجزائر

٦١ — والنظام المركب يصح أن يكون أقليمياً مثل الولايات المتحدة الامريكية والامبراطورية البريطانية وفى الماضى سويسره والمانيا

ويصح أن يكون شخصياً مكوناً من عدة نظامات شخصية أو أغلبها شخصى وواحد منها أقليمى مثل القطر المصرى

وصف القطر المصرى

٦٢ — والقطر المصرى يعتبر مثلا لنظام مركب مكون من نظم شخصية وسكانه مقسمون الى نظامات شخصية ليس لها جزء معين من الارض خاص به أو مكون من نظامات شخصية شائعة فى جميع جهات القطر . ويعتبر فيه النظام الاسلامى أى الشريعة والمحاكم الشرعية ، والنظام المختلط أى القانون المختلط والمحاكم المختلطة نظامين غالبين ويوجد فيه بعض القوانين والمحاكم لها سلطة أقليمية نظراً لكونها سارية على جميع بقاع القطر (راجع مادة ١٠ مدنى مختلط مثلا)

نتيجة

٦٣ — ونتيجة هذه الحال فى القطر المصرى هى

أولا : ان حالة الاشخاص (الاحوال الشخصية) وحالة الاشياء (الاحوال العينية) كثيراً ما تخضع فى وقت واحد لعدة قوانين ومحاكم تابعة للنظامات المتعددة المشتركة . خذ مثلا حالة رجل قبطى أرثوذكسى متمتع بحماية فرنسا فانه يكون خاضعاً من حيث الاهلية العامة الى نظام الاقباط الارثوذكس ، وأهليته

التجارية تكون خاضعة للقانون التجارى المختلط (مادة ١٠) وحقوقه فى الارث خاضعة لشريعة الاقباط وشريعة الاسلام وهو خاضع بحسب الاحوال الى محاكم الاقبـاط الارثوذكس والمحاكم الشرعية والمختلطة والقنصلية الفرنسية (راجع بند ٢١١)

ثانياً : ان القواعد الاساسيةوقواعد التكييف وقواعد الاسناد (بند ٥٤)هى فى أغلب الاحوال واحدة ومشتركة بين النظامات المشتركة الخاضعة لأنها وضعت لذلك فى نصوص القانون الغالب

ثالثاً : ان نظرية الاحالة أو الرجوع Theorie du renvoi التى سنتكلم عنها فى بند ٢٨٥ ،، تكون دائماً ممكنة وجائزة من النظام الغالب الى النظام الخاضع[1]

---

[٦٣] (١) لزيادة التفصيل راجع الكتاب السابق ذكره ص ٢٨ ،،

الكتاب الأول

فى النظريات العامة

أو المبادئ الأولية

الباب الأول

فى الإقليم Le territoire (١)

نتائج تعدد الاقاليم

٦٥ — إن تقسيم سطح الكرة الارضية الى عدد كبير من الاقاليم لكل منها قوانين خاصة به ، كان من شأنه أن كل اقليم يعتبر القوانين التى توضع أو يعمل بها فى الاقاليم الاخرى قوانين أجنبية ولا يعتبر قوانين وطنية أو خاصة به الا القوانين التى توضع له خاصة

وقد كان من شأنه أيضاً أن فصل بين سكان أى أقليم من الاقاليم فمن كان منهم من رعايا حكومة الاقليم اعتبر وطنياً national أو من الاهالى indigène ومن لم يكن منهم كذلك ، اعتبر أجنبياً étranger

وعلى ذلك فان اختلاف القوانين فى الاقاليم المختلفة يتفرع عنه مسألتان من المسائل المهمة فى القانون الدولى الخاص وهما تنازع القوانين و بيان حالة الأجانب

---

[٦٥] (١) راجع فى اللفظ من حيث العربية ، بند ٣ حاشية ١ هنا

ويكون تحديد حدود كل أقليم على الوجه الدقيق اداة مهمة لحل القضايا التى تنشأ عن المسألتين المذكورتين . وذلك لأن جنسية nationalité الشخص قد تتوقف فى كثير من الاحوال على معرفة الاقليم الذى ولد فيه . وقد تتوقف على معرفة الاقليم الذى يقطنه أو يستقر فيه وذلك اذا أراد أن يغير جنسيته و يتجنس بجنسية بلد آخر لان أغلب قوانين العالم تتطلب لاكتساب جنسية جديدة الاقامة فى بلد تلك الجنسية زمناً معيناً مثل خمس سنين أو أكثر واقل بحسب الاحوال وكذلك عند ما يضم بلد أو جزء من بلد الى أملاك بلد آخر Annexion أو Annexation فان جنسية أهالى البلاد المنضمة تتغير تبعاً لملكية الارض التى يسكنونها ؛ و يوجد تنازع فى القوانين كلما دعت الحال الى معرفة أى القانونين يطبق أقانون هذا الاقليم أم قانون ذاك . فمثلا اذا أراد أجنبى أن يتزوج فى فرنسا فيجب معرفة ما اذا كان القانون الفرنسى هو الذى يجب ان يحكم الزواج باعتباره قانون البلد الذى حصل فيه العقد Lex loci actus أم قانون جنسية الاجنبى الذى تزوج فى فرنسا . فاذا ما عرض سؤال من هذا القبيل فيجب ان يلتفت الى جميع العناصر الاقليمية les éléments territoriaux التى قد يكون لها أثر فى الحل اذ تارة يكون الحكم بحسب قانون الاقليم الذى حصل فيه العقد أو يكون الاختصاص لمحكمة الجهة التى تم فيها ذلك العقد ؛ وتارة يكون الحكم بحسب قانون الجهة التى سينتج فيها العقد نتائجه أو بواسطة محاكم تلك الجهة Lex, forum, loci solutionis وتارة أخرى يكون الحكم بمقتضى قانون الاقليم الذى اتخذه الشخص مستقراً له Lex domicilii أو بواسطة محاكم ذلك الاقليم (٢)

٦٦ — مقدار السلطان الاقليمى للقوانين Etendue de l'application territoriale des lois إقليم الحكومة يشمل ذلك الحيز من الكرة الارضية الذى يكون فيه لهذه الحكومة سلطة بها تجعل أوامرها مطاعة فيه . فمثلا إقليم فرنسا السلطان الاقليمى للقوانين

(٢) قارن ڤاليرى ص ٥٤ — ٥٥ والمراجع التى به وراجع هنا بند ٢٥

يشمل جميع الجهات التى يعترف فيها بسلطة الحكومة الفرنسية . لذلك كان من الواجب معرفة الحدود الاقليمية لكل حكومة وهذا البحث من شأن القانون الدولى العام ويكفى ان نعرف هنا ان اقليم الحكومة لا يقتصر على ما تملكه من الاراضى أى المنطقة الارضية domaine terrestre بل يشمل أيضا المنطقة المائية أو المياه الاقليمية les eaux territoriales والمنطقة البحرية وتشمل المراكب التى فى عرض البحر ships on the high seas أو domaine naval والمنطقة الهوائية aerial zone أو domaine aérien .

المنطقة الارضية

٦٧ — فالمنطقة الارضية تشمل البلد الاصلى motherland أو territoire métropolitain والمستعمرات colonies والبلاد المحمية protectorats ومناطق النفوذ spheres of influence

المياه الاقليمية

والمنطقة المائية تشمل أجزاء البحر والانهار والترع canaux الموضوعة تحت سيادة الحكومة بمقتضى القانون الدولى العام وتحديد هذه المنطقة مهم جداً فى حالة حصول أى حادث أو عمل فى دائرتها مثال ذلك الزواج والولادة والوفاة اللاتى تحصل فى المراكب ، والوصايا والعقود التى تكتب فيها وحوادث التصادم بين المراكب فهل قانون الحكومة صاحبة المنطقة المائية هو الذى يعمل به وهل يكون ذلك فى كل الاحوال ؟

المنطقة البحرية

والمنطقة البحرية وتشمل

أولا : المراكب العمومية Public ships والمراكب الحربية War ships التابعة للحكومة فى أى جهة تكون ، وبلا استثناء فهى خاضعة دائماً هى وما عليها ومن عليها لقانون تلك الحكومة

ثانياً : المراكب الخاصة Private ships وهذه تخضع تماما لقانون حكومتها متى كانت داخل مينها أو فى مياه حكومتها أو فى عرض البحر on the high seas ولكنها اذا دخلت فى المنطقة المائية التابعة لحكومة اخرى فانها يجب أن تخضع لقانون تلك

الحكومة فى كل ما ينص عليه ذلك القانون فاذا نص على خضوع جزئى فانها تكون خاضعة فيما عدا ذلك الى قانونها الخاص وهو قانون العلم الذى تحمله و يسمى قانون العلم Law of the flag أو Loi du pavillon (1)

المنطقة الهوائية والمنطقة الهوائية تشمل الفضاء الذى يعلو جميع أراضى الدولة ومياهها الاقليمية وليس لهذه المنطقة للآن أهمية من وجهة القانون الدولى الخاص ومع ذلك ينتظر لها شأن كبير فى المستقبل (٢)

القاعدة الاولى ٦٨ — والقاعدة العامة أن قوانين أى بلد هى وحدها التى يعمل بها داخل أقليم ذلك البلد ولا سلطة لقانون بلد آخر داخل أقليم البلد الأول ؛ مثلا القانون الفرنسى هو القانون الوحيد الذى يعمل به فى فرنسا . ومع ذلك فهذه القاعدة خاضعة لبعض القيود لان النصوص القانونية الموجودة فى حكومة من الحكومات قد لا تكون واحدة لكل جزء من الاجزاء التى يتكون منها البلد أو تقوم عليها الحكومة فان هذه الاجزاء قد يكون بعضها محكوماً بقانون معين والبعض الآخر محكوماً بقوانين اخرى أى أنه يكون فى البلد الخاضع لحكومة واحدة عدة قوانين يحكم كل منها جزءاً معيناً من البلد الخاضع لسلطة حكومة واحدة — مثال ذلك المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وارلاندا فان فيها على الاقل أربعة أصناف من القوانين المختلفة كل منها يحكم جهة معينة وهذه الجهات هى انجلترا واسكوتلندا وايرلاندا

---

[٦٧] (١) ڤاليرى ص ٥٨ — ٦٢ وراجع هول فى القانون الدولى العام ص ٢٠١ ، فى الموضوع وكذلك تشينى هايد ١ ص ٣٩٣ ، حيث يقول فى ص ٣٩٥ ان المراكب الاجنبية التجارية تخضع هى ومن عليها للقوانين المدنية والجنائية السائدة فى البلد الذى تدخل فيه المراكب المذكورة وذلك بمجرد دخولها . وهذه هى النظرية الانجليزية بعكس النظرية الفرنسية فانها لا تهتم بما يحصل فى المراكب الموجودة فى مياهها الا اذا كان الامر يهدد الامن فى الميناء أو اذا كان يهم اشخاصا آخرين غير البحارة وقد اتبعت بلاد أخرى هذا المبدأ : لورنس المختصر فى الدولى العام ص ٦٥ و ٦٦

(٢) راجع ڤاليرى ص ٥٧ والمقالات المشار اليها فيه حاشية ١ وكتاب هايد فى الدولى العام ١ ص ٣٢٤ ، خصوصا الاتفاق الدولى الذى حصل سنة ١٩١٩ بخصوص الطيران وشروطه فى زمان السلم ص ٣٢٨ ، ومقالة حديثة للاستاذ ربيير فى كلونيه ١٩٢٣ ص ٧٧٥ .

الشمالية والجنوبية وجزيرة مان [1] وسويسره قبل توحيد القوانين كان لها من القوانين بعدد مقاطعاتها ، والمانيا قبل سنة ١٨٩٦ كان لها من القوانين بقدر عدد الممالك المكونة لها . ومن المهم جداً ملاحظة هذه الأقسام الاقليمية اذا ما أراد الانسان حل مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص التى تقوم بشأن أحد الرعايا البريطانيين أو الامريكيين مثلا ، فيجب فى هذه الحالة معرفة ما اذا كان ذلك البريطانى انجليزى الموطن أو اسكتلاندياً أو ايرلاندياً أو مانياً Mensh لان الحل قد يختلف فى القوانين الاربعة . واذا اريد معرفة القانون الذى يبين حالة عقار معين كائن فى أرض بريطانية فيجب حتما معرفة الجهة الكائن فيها ذلك العقار حتى يعرف القانون الذى يحكمه . ويصح أن يرد السؤال نفسه على الاشخاص التابعين للمستعمرات والحمايات ، والاشياء أو الأموال الكائنة بها أو الاعمال التى تحدث فيها لانه يجوز أن يكون لكل منها قانون خاص بها مع تبيعتها للحكومة البريطانية أو الفرنسية مثلا .

مشكلة خاصة

٦٩ — وفى الحالة المذكورة آنفا — حالة تعدد القوانين المعمول بها فى أجزاء مختلفة من بلاد تابعة لحكومة واحدة — يصح أن توجد قضايا يصعب فيها معرفة القانون الواجب العمل به اذا حصلت ظروف القضية فى مكان غير داخل ماديا فى جزء من الاجزاء المحكومة بقانون خاص وان كان ذلك المكان خاضعاً لسلطة الحكومة ذات القوانين المتعددة . مثلا اسكوتلاندى يرتكب عملا غير مشروع فى مركب يرفع العلم البريطانى أو فى بلد يتمتع فيه الاجانب بالقضاء القنصلى مثل مصر أو فى سفارة من السفارات البريطانية . فاذا كان قانون محل الحادث هو الذى سيطبق فما هو ذلك القانون ؟ يصح أن يكون المشرع قد نص على ذلك فيتبع ما أمر به النص ولكن اذا لم يكن ثمت نص فما هو المحل الذى يعتبر محلا للحادث حتى يحكم بقانونه : الجواب أنه يمكن اعتبار الحادث واقعاً فى المحل التابع

---

[٦٨] (١) قارن دايسى ص ٧١

اليه أو الواقع فيه مركز الحكومة ففى المثال المتقدم يكون القانون الانجليزى هو المعمول به دون القانون الاسكوتلاندى . كذلك اذا كان الحادث فى أمريكا يكون القانون المعمول به قانون مركز كولومبيا التابعة اليه مدينة واشنطون عاصمة الولايات الامريكية دون قانون أية ولاية أخرى (١)

القاعدة الثانية

٧٠ — استنتاجا من القاعدة العامة المذكورة فى بند ٦٨ وتكملة لها توجد قاعدة عامة أخرى هى أن ليس لقانون بلد ما أى سلطان خارج حدود ذلك البلد فمثلا القانون الفرنسى له سلطان كامل داخل الاقاليم الفرنسية ولكن لا سلطان له خارج فرنسا على العموم وذلك لانه توجد خارج فرنسا قوانين البلاد الاخرى ولكل قانون سلطان فى بلده ولا سلطان فيه لغير ذلك القانون

الخروج الاقليمى أو شخصية القوانين

ومع ذلك فهناك طائفة من الاشخاص يعتبرون فى كل بلد خارجين عن حكم القانون المحلى فى ذلك البلد أو كما يقول الناس « فوق القانون » وذلك بمقتضى القواعد السائدة فى القانون الدولى العام وفى المعاهدات الخاصة المعروفة فى الشرق باسم الامتيازات الاجنبية . والسلطة الوحيدة التى يخضع اليها الاشخاص المذكورون هى سلطة قانون حكومتهم وينبنى على ذلك أنهم اذا خرجوا عن حدود سلطة قانونهم ووجدوا داخل حدود سلطة قانون آخر فانهم يظلون معتبرين خاضعين لسلطان قانونهم وحده خارج الحدود الاقليمية لذلك القانون وذلك بمقتضى مبدأ تصورى يسمى « الخروج عن الاقليم » Extraterritorialité وهو خروج حكمى من شأنه أن يجعل قانونهم الخاص سارياً عليهم خارج اقليم ذلك القانون أو من شأنه أن يجعلهم كأنهم خارجين حكماً عن سلطة قانون الاقليم الاجنبى الذى

---

[٦٩] (١) قارن ڤاليرى ص ٦٤ وراجع ما رواه المسيو ارمانجون عن النظام القانونى الغالب (بند ٦٠) ومع ذلك راجع ما سيأتى بعد بخصوص الاقامة فى البلاد الشرقية (بند ٩٧) ودايسى ص ٦٦٩ حاشية p طبعة ١٩٢٢ حيث يرى ان قانون العاصمة هو الذى يعمل به بدليل أن البريطانيين الذين يستقرون فى بلاد جديدة يحملون معهم قواعد القانون الانجليزى دون قانونهم الاصلى الاسكوتلاندى او نحوه

يوجدون فيه بالفعل

لذلك كان الاشخاص المتمتعون بمبدإ « الخروج عن الاقليم » معفين من اطاعة القوانين الاجنبية السائدة فى البلاد التى يدخلونها أو يسكنونها ويبقون فيها خاضعين لقانون حكومتهم الخاص بهم . وبتعبير آخر يستمرون خاضعين لقانونهم الشخصى حيثما كانوا ولو كانوا خارجين طبيعةً عن حدود ذلك الاقليم فيسمون خاضعين لنظام شخصية القوانين Régime de la personnalité des lois

أهم أحوال الخروج الاقليمى

٧١ — وأهم أحوال « الخروج الاقليمى » أو شخصية القوانين هى أحوال من يأتى بيانهم :

(١) الملوك أو رؤساء الحكومات على العموم (٢) معتمدو الدول السياسيون (٣) القناصل (٤) القوات الحربية الاجنبية (٥) الاجانب أصحاب الامتيازات فى بلاد الشرق (٦) الاجانب فى البلاد غير المتمدينة أو المتوحشة

الملوك

٧٢ — أولا : الملوك أو الممثلون الرسميون للحكومات الاجنبية سواء كانوا من ذوى التيجان ، أمبراطرة أو ملوك ، أو كانوا رؤساء جمهوريات ؛ وسواء كانوا مستقلين استقلالا تاما أو تحت السيادة أو الحماية الاجنبية ، وسواء كانوا مسافرين رسمياً أو متخفين incognito فانهم لا يخضعون للقوانين الاجنبية ومعنى ذلك

١ً أنهم غير خاضعين لأوامر البوليس المحلى واجراءاته

٢ً اذا رزقوا ذرية فى بلاد أجنبية فلا يأخذ الطفل جنسية البلد الذى ولد فيه

٣ً اذا مات الملك تاركا وراءه أملاكا فى بلد أجنبى فلا تدفع ضرائب الميراث عن هذه الاملاك ولكن هذا الحكم مختلف فيه وغير ثابت فى انجلترا

٤ً أنهم غير خاضعين لاختصاص المحاكم المحلية أى أنهم لا يمكن رفع الدعوى عليهم أمام أية محكمة قضائية ولا يمكن أن يطلبوا أمامها حتى لتأدية الشهادة

ولا يمكن أن تتخذ أية اجراءات تنفيذية ضدهم

وتمتد هذه الامتيازات بوجه عام الى جميع أفراد عائلة الملك الى الحد اللازم للمحافظة على مقامه وكرامته بصفته ملكا وكذلك تمتد الى حاشيته أو بطانته وخدمه المسافرين معه

والحكمة فى هذا الامتياز فى الأصل أن اتخاذ أى اجراءات ضد الملك أو رجاله فى بلد أجنبى يثير عواطف الشعب الذى يحكمه الملك و يعتبر اهانة له أو حطا من كرامته فيصح أن يقوم النزاع بين الشعبين وتكون الحرب نتيجة لذلك

المعتمدون السياسيون

٧٣ — ثانياً : المعتمدون السياسيون أثناء تأدية الواجبات العمومية الموكول أمرها اليهم فى البلاد الأجنبية . ويجب أن يكونوا مزودين من حكوماتهم بأوراق الاعتماد ويجب أن يكونوا ممثلين لحكومة من الحكومات المقر عليها رسمياً فى البلد الذى أرسل اليه المعتمد ولا أهمية لكون الحكومة مستقلة استقلالا تاماً أو ناقصة الاستقلال — وهؤلاء هم : فى المرتبة الاولى ، السفراء Ambassadors وممثلوا البابا وهم قسمان : المعتمدون فوق العادة Papal Legates والمعتمدون الدائمون Nuncios ؛ ثم فى المرتبة الثانية ، المبعوثون أو المندوبون Envoys أو Envoyés وقد يطلق عليهم وصف « فوق العادة » Envoy Extra-ordinary والوزراء المفوضون Ministers Plenipotentiary ؛ ثم فى المرتبة الثالثة ، الوزراء المقيمون Ministers Resident وكلهم يقدمون أوراق اعتمادهم الى الملك أو رئيس الجمهورية ؛ وأخيراً فى الدرجة الرابعة القائمون بالاعمال Chargés d'affaires وهؤلاء يعتمدون من وزير الخارجية (١)

ويمتد الامتياز ، من باب المجاملات الدولية ، الى البلاد التى يكونون مضطرين بحكم الطبيعة أن يمروا منها ليصلوا الى مقر عملهم . ويمتد الامتياز الى الاشخاص

---

[٧٣] (١) راجع فى التفاصيل كتب القانون الدولى العام مثل هول ، ص ٣٠١ ،، وهايد الجزء الاول ص ٧١٤ ،، ولورنس المختصر ص ٧٩

الذين يرافقون المعتمد من أهل وموظفين وخدم ويعمل بهم كشف يرسل الى وزير الخارجية

القناصل ٧٤ — ثالثاً : قناصل الدول الاجنبية . ويمكن القول بأنهم يمتازون عادة ببعض ما يمتاز به المعتمدون السياسيون فى أغلب البلاد ولا يمتاز القناصل فى انجلترا بالامتيازات السياسية مطلقاً [١]

غير ان القنصل انما يمثل حكومته امام السلطات المحلية فى البلد الذى يقوم فيه بعمله بعكس المعتمدين السياسيين فانهم يمثلون حكومتهم أمام الحكومة الاجنبية باعتبارها حكومة لا امام سلطة محلية تابعة للحكومة . وواجبات القناصل على العموم السهر على مصالح مواطنيهم وعلى متاجر بلادهم ونفوذها الادبى فى البلد الاجنبى وليس للقناصل فى الاصل أى عمل سياسى لأن هذا متروك للمعتمدين السياسيين [٢] ولكن لهم فى الشرق صبغة سياسية ولذلك فان ممثلى الدول الأجنبية الذين كانوا يرسلون الى مصر قبل اعلان استقلالها فى ٢٨ فبراير ١٩٢٢ كان يطلق عليهم لفظ قنصل جنرال ومعتمد سياسى Consul General and Diplomatic Agent ولكن حصل الفصل بين هاتين الصفتين بعد اعلان الاستقلال ومنحت أغلب الدول الاجنبية ممثليها فى مصر لقب وزير

فى مصر ٧٥ — ومع ذلك فان المركز القانونى للقناصل والمعتمدين السياسيين فى مصر قد تحدد فيما يتعلق باختصاص المحاكم المختلطة بالدكرتو الخديوى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠١ بعد الاتفاق مع الدول على مضمونه . ويتكلم الدكرتو المذكور

---

[٧٤] (١) وستليك § ١٩٥ اللهم الا فى بلاد الشرق لان لهم فيها صبغة سياسية وبناء على هذا الاختلاف فى المعاملة يراعى تبادل المعاملة بين الدول فالدولة التى لا تمنح للقناصل امتيازات سياسية مثل انجلترا يعاملها الدول الاخرى نفس المعاملة بالنسبة لقناصلها (ڤاليرى ص ٨٧) وقد وضع مجمع القانون الدولى مشروعاً لقانون الامتيازات القنصلية راعى فيه المعاهدات العديدة الموجودة فى الموضوع والسياسة المتبعة عملا فى أغلب البلاد

(٢) راجع فى اختصاص القناصل وتفصيل عملهم ڤاليرى ص ٨٥ ..

على خضوعهم للمحاكم المختلطة أو اعفائهم من اختصاصها ولكنه يتضمن أيضاً و بطريق التبعية خضوعهم لقوانينها أو اعفاءهم منها وهذا نص الدكريتو :

لجميع الموظفين السياسيين أو القنصليين المبعوثين من الخارج missi وعائلاتهم الحق فى رفع الدعاوى على الغير امام المحاكم المختلطة بدون أن يكون للغير حق مقاضاتهم امام هذه المحاكم بطريق الدعاوى الفرعية المرفوعة من المدعى عليهم ضدهم ، ولا تقبل الدعوى الفرعية الا لحد قيمة الدعوى الاصلية . فاذا كانوا مشتغلين بالتجارة أو الصناعة أو كانوا يملكون أو يستثمرون عقارات فى مصر فيكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة فى كل ما يتعلق بالمسائل التجارية أو الصناعية وبالدعاوى العينيــة العقارية ، التى لا مساس لها بصفتهم الرسمية — وجميع الموظفين الآخرين غير المذكورين فى الفقرة الاولى وكذلك القواسون يكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة فى كل القضايا التى لا تتعلق بوظائفهم الرسمية

ومع ذلك فان دولة البرتغال قد وضعت بعض تحفظات الغرض منها اعتبار قنصلها الجنرال دائما بصفته تابعاً لطائفة المبعوثين(١)

٧٦ — رابعاً : القوات الحربية الاجنبية التى تمر فى بلد من البلاد أو توجد فيه فانها معفاة من حكم القوانين المحلية ولقد قال نابوليون الاول فى هذا الخصوص ما معناه « حيث يوجد العلم توجد فرنسا أيضاً »(١) وذلك لان الجنود يجب ألا يخضعوا الا لقانون حكومتهم وذلك مهما كان البلد الذى يوجدون فيه القوات الحربية

٧٧ — خامساً : البلاد الخاضعة لنظام الامتيازات الاجنبية وتسمى pays de juridiction — قضت المعاهدات المعروفة باسم الامتيازات الاجنبية بأن يعفى امتيازات الاجانب

---

[٧٥] (١) راجع تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٨٩٩ ص ٣٥ — ٣٦ وفركامر فى الامتيازات السياسية سنة ١٨٩١ باسم Les franchises diplomatiques

[٧٦] (١) Là ou est là drapeau là est aussi la France

الاوروبيون والامريكيون فى الشرقين الادنى والاقصى من حكم القوانين والمحاكم المحلية فيظلون خاضعين فيها لحكم قانونهم الوطنى ومحاكمهم القنصلية وقد كان هذا النظام طبيعياً فى بلاد تعتبر فيها القوانين شخصية محضة أو تسود فيها فكرة شخصية القوانين. فمثلا لا يزال العثمانيون خاضعين فى تركيا بالاقل بالنسبة للاحوال الشخصية لقوانين متعددة ومختلفة تبعاً لاختلاف الأصل والدين فلا يكون من المستغرب أن يكون الاجانب خاضعين فيها لقوانينهم الشخصية أيضاً

وقد قضت الظروف السياسية أن يمتد هذا الامتياز الى الرعايا الذين تحميهم دول أوروبية لها امتيازات وهؤلاء الرعايا يصح أن يكونوا أجانب كما يصح أن يكونوا من أهالى الدولة الخاضعة للامتيازات وعلى الخصوص تركيا سابقاً ومصر الآن (راجع بند ٢٠٩ فى الحمايات)

البلاد التى تخلصت منها

٧٨ — والبلاد الآتى ذكرها لا تزال خاضعة للامتيازات الاجنبية : مصر وامامة مسقط و بلاد العجم والصين ومراكش و بلاد الحبشه

وقد الغيت الامتيازات الاجنبية بواسطة معاهدات خاصة فى بلاد الصرب ورومانيا واليونان والجبل الاسود والبوسنه والهرسك وقبرص وتونس واليابان وسيام ولا توجد الامتيازات فى بلغاريا الابالاسم فقط والغيت الامتيازات الاجنبية من سوريا وفلسطين ما دامتا تحت الانتداب الفرنسي والبريطانى لأن الدولتين قد اخذتا على عاتقهما ملاحظة أن النظام القضائى الذى يوضع لهذين البلدين يكفل حفظ حقوق الاجانب والاهالى على السواء [1] والغيت اخيراً الامتيازات الاجنبية فى تركيا بأمر من الحكومة العثمانية ابتداء من اول اكتوبر سنة ١٩١٤ واخيراً اتفقت الدول على الغائها بمعاهدة لوزان الموقع عليها فى ٢٤ يوليه ١٩٢٣ الموافق ليوم العيد الاكبر عند المسلمين سنة ١٣٤١ هجرية [2]

---

[٧٨] (١) صك الانتداب الفلسطينى مادتى ٨ و٩ وصك الانتداب السورى مادتى ٥ و٦

(٢) قررت المعاهدة أن المتعاقدين قد قبلوا كل منهم فيما يخصه الغاء الامتيازات

وأما فى مصر فان نظام الامتيازات قد تحور كثيراً بانشاء المحاكم المختلطة وسن القوانين المختلطة فى سنة ١٨٧٦ وسنتكلم عن هذا الموضوع بصفة خاصة فى بند ١٥١ وما يليه

البلاد غير المتمدينة

٧٩ — سادساً البلاد غير المتمدينة أو المتوحشة : كما أن المركب الذى يخرج الى عرض البحر يستمر خاضعاً لقانون بلده (بند ٦٩) كذلك الفرد الذى ينتقل الى بلد غير متمدين بالكلية [1] يستمر خاضعاً لسلطة قانونه الوطنى . ويصح أن يكون هذا الفرد جاهلا بقانون بلده كما يصح أن تكون الاجراءات الشكلية التى يتطلبها هذا القانون غير ميسورة فى المكان الذى هو موجود به ففى هذه الحالة تعتبر الاعمال الحاصلة فى البلد غير المتمدين صحيحة متى أمكن اثبات حصولها أو وقوعها ومتى كانت نية الشخص ظاهرة وغير مشكوك فيها بصرف النظر عن مقتضيات القانون الوطنى — مثال ذلك فى الزواج والوصية ونحوهما [2]

الاجنبية فى تركيا الغاء تاماً من كل وجه

[٧٩] (١) فى البلاد المتمدينة راجع بند ٤٩ وبند ٩٨

(٢) ڤاليرى ص ١٠٩ ودايسى ص ٧٢٤

الباب الثانى

الموطن والجنسية والديانة

٨٠ — يقصد بقانون الموطن Lex domicilii ، فى تطبيقه على مسائل القانون الدولى الخاص ، أن هناك طائفة من المسائل القانونية الدولية الخاصة تخضع دائما لقانون البلد الذى توطن فيه الشخص فعلا أو اعتبر أنه متوطن فيه حتى ولو لم يكن مقيما فيه بالفعل

وكذلك قانون الجنسية أو القانون الوطنى يقصد به ذلك القانون الذى يحكم طائفة معينة من المسائل فى القانون الدولى الخاص باعتباره قانون الحكومة التابع اليها الشخص بحسب جنسيته فمثلا المواد ٧٧ و ٧٨ و ١٩٠ من القانون المدنى المختلط تجعل المواريث والاهلية لعمل الوصية وشكل الوصية والاهلية على العموم خاضعة لقانون جنسية المتوفى أو الموصى أو المتعاقد على العموم

والقانون الدينى يقصد به ذلك القانون الذى يحكم فى بعض البلاد طائفة معينة من المسائل فى القانون الدولى الخاص باعتباره قانون الدين الذى قد اعتنقه الشخص مثال ذلك المواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدنى الاهلى فانها تجعل المسائل المذكورة فيها خاضعة لقانون الشخص وتقصد به قانون ديانته لأن كل الاشخاص الذين يحكمهم القانون الاهلى مصريون فلم يبق الا التمييز بينهم بحسب دينهم .

الاحوال الشخصية يجب أن تكون ثابتة ومحترمة

٨١ — وتلك الطائفة من المسائل التى يحكم فيها فى القانون الدولى الخاص تارة بقانون الموطن وتارة بقانون الجنسية وأخرى بالقانون الدينى هى الصلات

القانونية التي تعتبر متأصلة فى الشخص ومنها تتكون شخصيته القانونية والتي تسمى « الاحوال الشخصية » . ويجب أن تكون هذه المسائل خاضعة دائما لقانون واحد ويجب أن يحكم بمقتضى هذا القانون بالنسبة للشخص الواحد فى كل الاحوال ومهما كانت المحكمة التي يطلب منها الحكم ، وذلك لأنه ليس من العدل ولا من المبادئ الطبيعية فى شيء أن تتغير الحقوق والواجبات المكونة لشخصية الانسان ، باختلاف المحكمة التي يطلب منها الحكم ؛ من أجل ذلك اقرت جميع الشرائع مبادئ معينة وان اختلفت عن بعضها البعض اختلافاً يسيراً الا أنها ترمي جميعها الى جعل الانسان خاضعاً فى أحواله الشخصية دائما الى قانون واحد يكون قانون الشخص الذى تطبقه عليه جميع المحاكم فى جميع بلاد العالم احتراماً لشخصه وتقديساً للحقوق والواجبات التي التصقت به فكانت قطعة منه لا تتغير بتغير الجهة التي ترفع فيها القضية فمثلا بعض البلاد تعتبر الاحوال الشخصية خاضعة دائما لقانون الموطن كانجلترا وأمريكا والدنمارك والنرفيج ؛ وبعضها يجعلها خاضعة لقانون الجنسية مثل القانون المصرى المختلط وقوانين فرنسا وايطاليا وبلجيكا وهولاندا واسپانيا والپرتغال والمانيا واليونان ورومانيا والمكسيك واليابان وغيرها [1] واخيراً فى البلاد التي سادت فيها الامتيازات الاجنبية تخضع الاحوال الشخصية لقانون الدين المنتمى اليه الشخص مثال ذلك تركيا ومصر فان العثمانيين والمصريين خاضعون بمقتضى قوانين هذه البلاد فى احوالهم الشخصية الى أحكام الاديان المختلفة المقر عليها من حكومات هذه البلاد

---

[٨١] (١) مبلى ص ١١٤ و١٢٢

الفصل الأول

الموطن Domicile (١)

موطن ومحل

٨٢ — لفظ Domicile من الالفاظ الافرنجية ذوات المعانى العديدة التى تختلف باختلاف الظروف والسياق وقد وضعنا لها ترجمتين مختلفتين بحسب المعانى المقصودة منها : الاول لفظ « محل » والثانى لفظ « موطن » وهذا التمييز يسمح بتقريب المعنى الى الفهم ويمكننا من حصر المعنى المراد هنا بسهولة استعصت على المؤلفين الأجانب الذين يدرسون الموضوع فى الغالب من وجهة خاصة هى وجهة تشريعهم الخاص فاذا رجع القارئ الى تعاريفهم المختلفة المتنوعة بحسب الوجهة الخفية التى يتوخونها حار فى فهم المراد

وجهة النظر الخاصة فى الموطن

والمقصود من هذا المبحث هو دراسة الموطن Domicile من الوجهة المشار اليها فى بند ٨٠ حيث ذكرنا أن المقصود بالموطن هو ذلك القانون الذى يحكم طائفة معينة من المسائل القانونية الدولية الخاصة باعتباره قانون البلد الذى توطن فيه الشخص فعلا أو اعتبر أنه متوطن فيه ولو لم يكن مقيما فيه بالفعل . وهو بهذا المعنى على طرفى نقيض مع قانون الجنسية أو التبعية السياسية . لذلك كان واجباً لمعرفة حقيقة معنى الموطن فى القانون الدولى الخاص أن يلتجئ الباحث الى المعنى الذى يقصد فى البلاد التى تعتبر الموطن مؤثراً على طائفة المسائل المذكورة أى الاحوال الشخصية طارحاً وراءه كل معنى يذكره علماء البلاد التى تدين بقانون الجنسية ، لانهم من بعد ان يجعلوا الاحوال الشخصية تابعة لقانون الجنسية لا يمكنهم أن يبحثوا فى لفظ Domicile الا من حيث المعانى الأخرى التى ليس الموطن جزءاً منها

---

[٨٢] (١) المقصود هنا اللفظ فى اللغة الانجليزية أو الامريكية ويكتب ايضاً Domicil وأما اللفظ الفرنسى وحروفه واحدة فينصرف الآن دائما الى المعنى المقصود بلفظ « محل »

المحل

فالقانون الفرنسى مثلا الذى يربط الاشخاص بقانون جنسيتهم فى الاحوال الشخصية ، يعرف لفظ Domicile بما يأتى فى مادة ١٠٢ مدنى : ان محل كل فرنسى فيما يتعلق باستعمال حقوقه المدنية هو الجهة التى بها مقره الاساسى le lieu de son principal établissement

كذلك القانون الايطالى فى مادة ١٦ يقول ان المحل المدنى لأى شخص هو فى المركز الاساسى لأشغاله ومصالحه وان محل الاقامة Residence هو فى الجهة التى فيها سكنه الأساسى

ويقول القانون السويسرى فى مادة ٣ ان محل الشخص ، بالمعنى المقصود فى هذا القانون هو الجهة التى يسكن فيها بنية البقاء فيها دائماً

ويقول الأستاذ ڤاليرى ان محل الشخص هو الجهة التى يعتبر مركز مصالحه موجوداً فيها (٢)

وبديهى أنه فى الحالة المتقدمة لا تأثير مطلقاً للموطن أو المحل على الاحوال الشخصية للفرنسيين أو الايطاليين أو السويسريين لأن أحوالهم الشخصية خاضعة لقانون جنسيتهم وانما الغرض من تعريفهم للمحل هو التوصل لتطبيق الاحكام القانونية المدنية اذا تعلق تطبيقها بالمحل الذى يسكنه الشخص عادة أو يكون فيه مركز أشغاله على العموم

المحل فى بلاد الجنسية

٨٣ — لذلك كان المقصود بلفظ Domicile فى البلاد التى تدين بقانون الجنسية فيما يتعلق بالاحوال الشخصية هو محل سكن الشخص أو مركز أشغاله فيقولون مثلا

١ — ان المحل يعين القانون الذى تخضع اليه الاشخاص المعنوية أى أن مقر الشركة مثلا أو مركزها يبين ما هو القانون الذى يحكمها

٢ — التجنس بجنسية اجنبية (بند ١٠٧) يقتضى اتخاذ محل لمدة طويلة

---

(٢) ڤاليرى ص ١٠٩ بند ١١٢

معينة أى يقتضى الاقامة تلك المدة فى البلد الذى اختيرت جنسيته

٣ — الاشخاص المتخذون محلا لهم فى أرض ضمت الى بلد معين تتغير جنسيتهم بذلك الضم

٤ — بمقتضى قوانين كثير من البلاد التى تتخذ الجنسية أساساً للأحوال الشخصية تكون العبرة فى ميراث المنقولات بقانون المحل التابع اليه المتوفى أى محل إقامته(١)

٥ — الديون تعتبر واجبة الأداء فى محل المدين وتكون خاضعة فى أحكامها لقانون ذلك المحل

٦ — اذا ما تعددت القوانين التى يمكن أن يكون الانسان خاضعاً اليها بحسب جنسيته بان كان من المحتمل أن يكون له جنسيتان فان قانون المحل الذى استقر فيه الشخص هو الذى يحدد تلك الجنسية اذا كان مقيما فى بلد من البلدين اللذين يتنازعان جنسيته (بند ١٢٩)

وقد يختلف الحكم فى البلاد المذكورة ؛ من حيث آثار المحل الذى يقيم فيه الشخص بحسب ما اذا كان قد حصل على تصريح سابق بالاقامة فيه Autorisation de domicile أو لم يحصل وفى هذه الحالة يكون من حصل على تصريح فى مركز

---

[٨٣] (١) تراجع تطبيقاً لهذا المبدأ قضية ورثة البرنسس نظلى هانم ضد شركة تأمين نيويورك الصادر فيها حكم من الاستئناف المختلط بتاريخ ٣١ يناير ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٦٦ نمرة ١٦١ ووقائع الدعوى أن الشركة دفعت بكون المحاكم المختصة ببيان من هم ورثة الاميرة هى محاكم تونس نظراً لكونها أصبحت تونسية بعد زواجها بتونسى وأن محلها القانونى هو تونس طبقاً للمادة ١٠٨ من القانون المدنى الفرنسى وبناء عليه تعتبر التركة مفتوحة فى تونس طبقاً للمادة ١١٠ منه لان المادة الاولى تنص على ان المرأة المتزوجة لا يكون لها محل غير محل زوجها والمادة الثانية تنص على ان جهة فتح التركة تتعين بالمحل . والمحكمة قضت بان الاميرة مسلمة وانها يمكنها ان تجعل محلها غير محل زوجها باتفاقها معه وقد حصل ذلك فى حالة الاميرة نظلى ولذلك فالمحاكم الشرعية المصرية تكون مختصة باصدار الاعلام الشرعى عن الوراثة ولا يتصور أن المحاكم التونسية تصدر اعلاما فى الموضوع بدون أن تلتجئ الى المحاكم المصرية التى يقيم فى دائرتها جميع الورثة

أحسن من مركز مَن لم يحصل على ذلك التصريح

المحل في المرافعات

٨٤ — وللفظ Domicile بمعنى المحل أهمية خاصة فى المرافعات والاختصاص فى كل قوانين العالم فيقال ان محل الشخص دلخل فى دائرة اختصاص محكمة مصر أو محكمة اسكندرية المختلطة مثلا ويصح أن يكون محله فى القطر المصرى أو فى الخارج بالمعنى المقصود فى المواد ٦/٨، و٨/١٠، و٩/١٠، و١٩/٢١ من قانون المرافعات وهذا يطلق عليه المحل من وجهة المحكمة Forensic domicile أى ان الشخص يجوز أن ترفع عليه الدعوى فى محكمة معينة بالنظر الى وجود محله فى دائرتها ويصح أن يكون هذا المحل « مختاراً » Domicile élu كما فى المادة ٣٤/٣٥ فقرة ٥ مرافعات ويكون حينئذ مبنياً على اتفاق الطرفين فى عقد من العقود فلا يكون أساسه الاقامة فى جهة معينة بل اتفاق المتعاقدين

وقد حكمت المحاكم المختلطة بوجوب الالتفات دائماً فيما يتعلق بالمحل، من وجهة اعلان الاشخاص امام المحاكم، الى نية الشخص المطلوب توجيه الاعلان اليه فقررت أن المحل القانونى le domicile légal لا يفقد بمجرد تغيير الشخص محل اقامته ولو طال الأجل مع عدم وجود قصد صريح أو مستنتج بشكل ظاهر من الظروف، من جانب الشخص الذى غير محل اقامته أنه أراد أن يجعل مستقره الاساسى ومركز أشغاله فى المحل الجديد[1]

---

[٨٤] (١) راجع س م ٣١ يناير ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٩٣ نمرة ٢١٠ حيث حكم بذلك فى قضية الاوقاف السلطانية ضد الحراسة القضائية على دائرة سمو عباس حلمى باشا خديوى مصر سابقاً وقررت المحكمة بأن الخديوى السابق قد ترك كل أمواله فى مصر ولا يوجد ما يدل على أنه اختار محلا خاصاً فى الخارج ليستقر فيه وفضلا عن ذلك فاذا لم يكن له محل فى مصر فانه يكون مستحيلا على الغير مقاضاته فيها ومن جهة أخرى فان تنقله من بلد الى آخر قد يكون محارباً وقد يكون محايداً يجعل فكرة الحصول على محل ثابت أمرا واجب الاستبعاد ولكن هذه الحالة تغيرت الآن وأصبح سموه ممنوعاً بصفة نهائية من الرجوع الى القطر المصرى

وراجع الاحكام المختلفة المنشورة ملخصاتها فى مجموعة العشر سنين الاولى مج ت م نمرة ١١٢٢٠٠ والثالثة نمرة ١٦٧٤٠٠ وكلها تجمع على وجوب الالتفات الى النية فى معرفة محل الشخص

وقد قضت المادة ٦٧٤/٧٦١ مرافعات بأن مجرد عدم وجود محل مستقر للمدين فى القطر المصرى يجيز أخذ اذن بتوقيع حجز تحفظى (الحجز على المدين المتنقل — تنفيذ، بند ١٢٨١) على أمتعة المدين الموجودة فى القطر المصرى

وبديهى أيضاً أن الايضاح المتقدم فيما يتعلق بلفظ «المحل» Domicile لا علاقة له بالقانون الدولى الخاص وانما هو من شأن أحد القوانين الداخلية فى البلد وهو قانون المرافعات فيما يتعلق بالاختصاص والاعلان(٢)

المحل فى الدولى العام

٨٥ — وللفظ محل Domicile فى القانون الدولى العام معنى خاص يقصد به «المحل التجارى فى زمن الحرب» Commercial domicile in time of war والمراد بذلك أن صفة الشخص فى كونه عدواً أو صديقاً أو محايداً تتحدد بصفة البلد الذى يسكنه ويتخذ له فيه مقراً تجارياً(١) فمثلا فى الحرب بين انجلترا والمانيا يعتبر عدواً اجنبياً كل شخص بريطانى يسكن فى المانيا وبالعكس اذا كان بريطانياً أو المانياً يسكن فى هولاندا ويتجر فيها فانه يعتبر محايدا ولو كان يتاجر مع المانيا

استنتاجات هامة

٨٦ — وظاهر أن لا شأن للقانون الدولى الخاص فى المعانى المتقدمة لكلمة Domicile ولكن القانون الدولى الخاص يهتم بمعرفة البلد الذى يكون الشخص قد اتخذه موطناً له حتى تكون أحواله الشخصية خاضعة لقانون ذلك البلد ويكون لمحاكمه عليه اختصاص باعتباره متوطناً فى دائرة اختصاصها الاقليمى . لذلك كان ضرورياً أن يكون البحث خاصا ببلد يكون له قانون معين يحكمه فيمكن نسبة الشخص اليه

تعريف الموطن

٨٧ — وقد عرف سافينى «الموطن» بكونه المحل الذى اختاره الشخص اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله(١)

وعرفه ستورى بأنه الجهة التى اتخذها الانسان مأوى home له بصفة حقيقية

---

(٢) راجع فى تعريف المحل كتاب المرافعات طبعة ثانية بند ٥٨٣ و٦٧٩

[٨٥] (١) قارن دايسى ص ١٤٦ ووستليك ص ٣٤٦ وهايد الجزء الثانى ص ٥٦٠ و٥٦١

[٨٧] (١) سافينى جزء ٨ ص ٩٧ من الترجمة الانجليزية

وثابتة ومستمرة وجعل فيه مركز أشغاله والذى اذا غاب عنه كان عنده نية العودة اليه [٢]

وارتون وعرف وارتون الموطن بأنه هو محل الاقامة الذى يُختار لأن يكون سكناً نهائياً ومن أجل وجوده يجب تحقيق شرطين الأول الاقامة بالفعل أو بالتمكن Residence actual or inchoate الثانى عدم وجود أى نية لاختيار موطن آخر [٣]

دايسى ٨٨ — وعرفه دايسى (ص ٨٢) بأنه الجهة أو البلد الذى هو فى الواقع المأوى النهائى للشخص ولكنه يجوز أن يكون فى بعض الاحيان الجهة أو البلد الذى يعتبره القانون مأوى له سواء كان مقيما فيه أو لا

ايضاح ٨٩ — يتبين من التعريف الاخير، وهو أوفى التعاريف بالغرض [١]، أنه ليس من المحتم أن يكون للشخص مأوى أو مسكن خاص فى البلد الذى يعتبر موطنه فان بعض الناس قد يسكنون فى الفنادق و يتنقلون من جهة الى أخرى ومع ذلك يكون لهم موطن وذلك لأن المراد من البحث عن الموطن هو كما ذكرنا فى بند ٨٦ معرفة القانون الذى يخضع اليه الشخص فى أحواله الشخصية فلا يهمنا مثلا أن نعرف ان كان الشخص يسكن أو يتوطن فى لندن أو فى ليفربول لأن القانون الانجليزى يحكم البلدتين ولكن يهمنا أن نعرف ما اذا كان متوطناً فى لندن أو فى ادنبره وذلك لأن البلدتين واقعتان فى اقليمين قانونيين مختلفين الاولى فى انجلترا والثانية فى اسكتلندا ولكل منهما قانون خاص

عناصر الموطن ٩٠ — واذا بحثنا عن العناصر التى يتكون منها الموطن فى القانون الدولى الخاص فى البلاد التى تجعله اداة لبيان القانون الذى يحكم الأحوال الشخصية

---

(٢) ستورى § ٤١

(٣) وارتون § ٢١

[٨٩] (١) لقد قرر دايسى أنه لم يوجد تعريف يرتضيه القضاة الانجليز بشكل تام (ص ٨٣ و ٧٩٣) فانها كلها تكاد ينقصها أشياء جوهرية لم تذكرها التعاريف الشائعة

والمواريث و بين اختصاص المحاكم أو عدم اختصاصها في كثير من الاحوال ، وجدنا أنه يجب أن يتوافر شرطان أساسيان لوجود الموطن

أولا العنصر المادى Factum وهو الاقامة أو الوجود المادى فى البلد ذى القانون المخصوص

ثانياً العنصر الارادى أو النية — نية البقاء فى البلد المذكور وعدم تركه Animus manendi واذا تركه الشخص مؤقتا فيجب أن تكون عنده نية الرجوع أو العودة اليه Animus revertendi

قانون انجليزى ٩١ — قواعد القانون الانجليزى فى الموطن — اذا أردنا معرفة موطن الشخص فى القانون الانجليزى فيجب ملاحظة القواعد الآتية وهى احدى عشرة قاعدة

القاعدة الاولى : لا يصح أن يكون أى شخص من الاشخاص فى أى وقت من الاوقات بلا موطن (دايسى ص ٩٨)

القاعدة الثانية : لا يصح لأى شخص أن يتخذ له موطنين أو أكثر فى آن واحد (دايسى ص ٩٩)

القاعدة الثالثة : اذا اكتسب الانسان موطناً فيستمر عليه الى أن يتغير ذلك الموطن:

أولا فى حالة الشخص المستقل (البالغ الرشيد غير التابع لحكم غيره كالزوجة مثلا) بمقتضى عمله الخاص

ثانياً فى حالة الشخص غير المستقل أى التابع لغيره ، بمقتضى عمل الشخص المتبوع (الوالد أو الوصى أو القيم الى آخره)

القاعدة الرابعة : لكل شخص مستقل ، فى أى وقت من الاوقات ، موطن معلوم هو :

إما الموطن الذى اكتسبه وقت ولادته ويسمى الموطن الاصلى Domicile of origin

واما الموطن الذى اكتسبه أواستبقاه وهو مستقل وبمقتضى عمله الخاص وهذا يسمى الموطن المختار Domicile of choice وهو حتما غير الموطن الاصلى

القاعدة الخامسة : يكون لكل انسان فى القانون الانجليزى موطن أصلى يكتسبه من مولده أو عند ولادته :

أولاً في حالة الأولاد الشرعيين الذين يولدون فى حياة والدهم يكون الموطن الاصلى للولد هو موطن الوالد وقت ولادة الطفل ؛

ثانياً في حالة الأولاد غير الشرعيين ، أو الذين يولدون بعد وفاة والدهم ، يكون موطن الولد موطن الأم وقت الوضع ؛

ثالثاً فى حالة اللقطاء يكون موطن اللقيط هو البلد الذى ولد أو وجد فيه ؛

رابعاً فى حالة الاشخاص الذين قد أصبح مركزهم شرعياً بعد أن كان غير شرعى Legitimated persons اختلف العلماء فقال دايسى بأن موطن الوالد وقت ولادة الطفل يصبح ويعتبر موطناً أصلياً للأبن (دايسى ص ١٠٥ الطبعة الثانية) ورأى وستليك أن موطن الولد هو موطن والده وقت حصول الاقرار بالبنوة (ص ٣٢٣ § ٢٤٧) وقد اتبعه دايسى فى الطبعة الثالثة (ص ١٠٩) وذلك لأن البلد الذى حصل فيه الاقرار بشرعية الولد هو الذى تجب عليه تربيته والمحافظة عليه وبما أن صلاته الشخصية انما تتكون بهذه التربية والمحافظة فان قانونه الشخصى يكون نتيجة لازمة لذلك

٩٢ — ويجب ملاحظة أن وجود الموطن الاصلى انما هو أمر اعتبارى أو تصورى أو افتراض قانونى وأنه لا يتحتم أن يكون هذا الموطن الاصلى — الذى قد اكتسب حين الولادة — هو البلد الذى ولد فيه الولد بالفعل أو الذى

يكون الوالدان ساكنين فيه أو يكون الوالد تابعاً اليه من حيث السلالة أو الجنسية السياسية فمثلا رجل انجليزى الاصل ومن رعايا الحكومة البريطانية رزق بولد فى فرنسا حيث كان الرجل ساكناً فيها رغم كونه قد اتخذ له موطناً فى أمريكا بدون أن يتجنس بالجنسية الامريكية . فموطن الطفل لا يعتبر فى انجلترا ولا فى فرنسا وانما يعتبر فى أمريكا (دايسى ص١٠٦)

الموطن المختار ٩٣ — القاعدة السادسة : يجوز لكل انجليزى مستقل أن يكتسب « موطناً مختاراً » بلن يجمع الى الاقامة Factum نيـة الاقامة المستمرة أو غير المحدودة Animus manendi ولكن لا يمكن ذلك بدون الجمع . ويلاحظ أن النيـة لا يشترط فيها أن ينوى تغيير جنسيته فاذا ترك انجليزى انجلترا حيث كان موطنه ، وذهب الى الولايات المتحدة الامريكية فيتغير موطنه اذا قصد أن يتوطن فى البلد الجديد ويجعله مركز أشغاله الأساسى أو مأواه النهائى ، حتى ولو لم يفكر فيما يمكن أن ينتجه هذا العمل من النتائج القانونية ، حتى ولو لم يقصد أن يصبح أمريكى الجنسية وقصد أن يستمر انجليزياً الى آخر لحظة من حياته (دايسى ص ١١٤)

ويلاحظ كذلك أن ارادة الشخص فى أن يحفظ موطنه الأول فى بلد معين لا تكفى فى حفظ ذلك الموطن اذا كان قد سكن فى غيره بنية البقاء فيه نهائياً . وان اكتساب الموطن لا يمكن أن يتأثر بمفعول أى قانون أجنبى فمثلا بمقتضى القانون الفرنسى يجب على كل من يريد أن يتخذ فرنسا محلا له (وهنا يلاحظ الفرق بين المعنى الفرنسى والمعنى الانجليزى للفظ Domicile ولذا ترجمنا المعنى الفرنسى بلفظ محل) أن يقوم بعمل اجراءات مخصوصة وهى أن يطلب التصريح له بالاقامة فيها فاذا لم يحصل ذلك فلا يعتبر مقيماً فيها طبقاً للقانون الفرنسى ومع ذلك فهذا لا يؤثر على تطبيق القانون الانجليزى ولا يمنع من اعتباره متوطناً فيها اذا كان مقيماً فيها بالفعل بنية البقاء فيها نهائياً (دايسى ص١١٧)

تغيير الموطن ٩٤ — القاعدة السابعة : يبقى للانسان موطنه الأصلى الى أن يختار بالفعل موطناً آخر ؛ ويبقى الموطن المختار الى أن يهجر وحينئذ فاما أن يختار موطناً جديداً واما أن يحصل الرجوع الى الموطن الأصلى فاذا لم يختر موطناً جديداً فيكون الموطن الأصلى موطناً له دون الموطن المختار الأخير

القاعدة الثامنة : موطن الشخص التابع من حيث الموطن لغيره ، هو موطن ذلك الغير ويتغير بتغيره ؛ ولكن لا يتغير موطن الصغير لمجرد زواج والدته ؛ واذا غيرت الوالدة أو الوصى موطنها فلا يؤثر ذلك على موطن الصغير اذا كان التغيير حاصلا من طريق الغش

القاعدة التاسعة : موطن المرأة المتزوجة طول مدة الزواج هو موطن الزوج ويتغير بتغيره

القاعدة العاشرة : لا يجوز لشخص تابع لغيره من حيث الموطن أن يغير موطنه بعمله

القاعدة الحادية عشرة : آخر موطن للشخص التابع لغيره يستمر موطناً له الى أن يختار موطناً جديداً له

ارشادات ٩٥ — هذا وفيما يتعلق بتعرّف الموطن أو اثبات الموطن يجب مراعاة القواعد الآتية وهى : —

انه يمكن معرفة موطن الشخص أولاً من بعض القرائن القانونية وثانياً من وقائع الدعوى المعروفة

فأما القرائن القانونية فهى اثنتان

الاولى : ان وجود الشخص فى بلد معين قرينة على وجود موطنه فيه

الثانية : اذا كان ثابتاً انه فى وقت من الاوقات كان للشخص موطن فى بلد معين فانه يعتبر متوطناً فيه اذا لم يستطع ان يثبت هو أنه قد غير موطنه وجعله فى بلد آخر

وأما وقائع الدعوى المثبتة للموطن فهى

أولا : الظروف التى يفهم منها أن الشخص قد أقام بالفعل فى جهة معينة أو أنه قصد أن يقيم فى ذلك البلد فمتى ثبتت اقامته أو ثبتت نيته فالاثبات يكون حاصلا من وقائع الدعوى

ثانياً : اذا اظهر الانسان ارادته فى أن يسكن فى بلد معين سكناً مستمراً فهذا يكون دليلا على أنه قد اتخذه موطناً له

ثالثاً : مجرد الاقامة فى بلد يكون مبدئياً دليلا على أنه قصد أن يسكنه نهائياً وبذلك يكون دليلا على الموطن

رابعاً : مجرد الاقامة فى بلد معين لا يعتبر دليلا ولو مبدئياً على الموطن اذا كانت طبيعة الاقامة لا تتفق مع كونه قد أراد أن يتخذ هذا البلد له موطناً أو كانت نافية لقرينة نية الاقامة النهائية . وهذه حالة الاشخاص الذين يسمون متوطنين للضرورة ، فهذا التوطن لا يعطيهم موطناً قانونياً مهما طال أجل الاقامة

وهؤلاء هم المسجونون والمنفيون أو المهاجرون السياسيون والمجانين والمرضى الذين يسكنون فى الخارج لأسباب صحية والموظفون على العموم والسفراء والقناصل ورجال الحربية والبحرية ورجال الدين والطلبة والخدم (دايسى ص١١٩ — ١٦٩)

موطن الاشخاص المعنويين

٩٦ — موطن الاشخاص المعنويين أو الشركات والجمعيات — موطن أى شركة أو جمعية هو المحل أو البلد الذى يعتبر قانوناً أنه مركز أشغالها وهو

أولا : فيما يتعلق بالشركات التجارية محل عملها الاساسى أى المحل الذى يوجد فيه مركز أعمال الشركة الادارية أو مركز ادارة الشركة وهذا يصح أن يكون فى غير المحل الذى تقوم فيه بأعمالها أو أشغالها

ثانياً : فيما يتعلق بأى شركة أو جمعية أخرى هو المحل الذى تقوم فيه بأعمالها (دايسى ص ١٦٠ — ١٦٣)

البلاد غير المسيحية

٩٧ — التوطن فى غير بلاد المسيحية : هـذا الموضوع محفوف بالمصاعب والشكوك فى القانون الانجليزى فقد ذكر وستليك فى كتابه ص ٣٢١ « ان الموطن فى النظام البريطانى هو فرع من الفروع القانونيـة الذى لا يسمح فيها بالاتصال القانونى مع البلاد التى لا تحكمها حكومات مسيحية

فمثلا الرعايا البريطانيون الذين يقيمون فى تركيا أو فى الصين يستبقون حتما موطنهم البريطانى الأخير أو موطن آبائهم أو أجدادهم »

وقال دايسى ان الرجل الانجليزى وكذلك أى شخص تابع لدولة متمدينة لا يمكن ، على ما يظهر ، أن يعتبر متوطناً من الوجهة القانونية ، فى بلد من البلاد غير المتمدينة ، اذا هو جعلها مأواه النهائى . فمثلا الانجليزى الذى يستقر فى الصين ومن باب أولى فى بلد من البلاد الخالية عن التمدين بالكلية يحتفظ بموطنه الانجليزى بالرغم من ذلك . (دايسى ص ٧٢٤)

هذا ما يقوله العلماء ومع ذلك فقد صدر أخيراً حكم من مجلس اللوردات نفى ما زعم المؤلفون انه القانون الانجليزى فى الموضوع وشرحه شرحاً جديداً بشكل جديد خفف فيه من خشونة المبـدأ المتقدم(١) وقد حصلت ظروف القضية التى صدر فيها الحكم ، فى القطر المصرى ، ولذلك كان لهذا الموضوع أهمية خاصة بالنسبة لنا خصوصاً لبيان الرأى الصحيح فى حالة الامتيازات الاجنبية وما ينبنى عليها من الآثار

قضية كازداغلى

٩٨ — قضية الميسز كازداغلى ضد المستر كازداغلى : تتلخص وقائع القضية

---

[٩٧] (١) ولذلك غير دايسى لهجته فى الطبعة الجديدة (سنة ١٩٢٢) وروى فى المكان السابق ان الفكرة المذكورة لا يمكن الآن اعتبارها قاعدة قانونية مطلقة وانه يصح القول الآن بان الاقامة فى بلد غير متمدين تختلف قوانينه وعاداته عما هو معروف فى انجلترا لا تعتبر بالنسبة لاثبات الموطن ذات دلالة كافيـة على الموطن كالاقامة فى فرنسا او ايطاليا مثلا (ص ٧٨٢) وأشار الى قضية كازداغلى التى نوقشت فيها الاحكام السابقة وانتقدت

فيما يأتى : دمتريوس كازداغلى انجليزى المولد وبريطانى الجنسية بحسب القانون البريطانى وكان أبواه مصريين (يونانى الأصل ومن رعيــة الحكومة المحلية) أمضيا زمناً ما فى انجلترا بسبب التجارة فرجع دمتريوس معهما الى مصر من نحو ربع قرن ولم يغادر مصر من ذلك الحين وله فيها محل تجارى كبير وقد تزوج فيها سنة ١٩٠٥ بسيدة يونانية تدعى چان كازولى بعقد زواج حصل فى كنيسة الاروام الارثوذكس التى هى كنيسة الزوجين وتجدّد امام قنصل انجلترا فى اسكندرية ؛ حصل خلاف بين الزوجين فأرادت الزوجة أن تطلب الطلاق فرفعت الدعوى امام القنصلية البريطانية فى مصر فلم تقبل الدعوى نظراً للنظام الخاص المقرر للقنصليات فى البلاد العثمانية Ottoman Order in Council of 1910 § 163 ثم بدا للزوجة أن تختصمه امام المحاكم فى انجلترا نفسها فرفعت عليه الدعوى امام محكمــة لندن باعتبار أنه ذو موطن انجليزى فدفع الزوج الدعوى بكونه متوطناً فى مصر لا فى انجلترا فردت الزوجة بأنه لم يفقد موطنه الانجليزى رغم اقامته فى مصر لأن مصر ذات مدنية منحطة بالنسبة للمدنية البريطانية أو بالاقل مختلفة عنها اختلافاً بيناً ويعيش الزوج فيها خاضعاً للقانون الانجليزى بصفته عضواً من جالية أجنبية ممتازة فلا يكتسب موطناً مصرياً ولا يفقد موطنه الانجليزى . نظرت القضية ابتدائياً امام المحكمة العليا المكونة من القاضى هوريدج Mr. Justice Horridge فحكم فى ٩ نوفمبر ١٩١٧ بقبول دعوى الطلاق المرفوعة فى انجلترا واعتمد فقط على الاحكام السابقة فى الموضوع التى لا يمكنه قانوناً أن يخالفها ومنهــا قضية معروفة باسم قضية « عبد المسيح » وكان تحت حماية بريطانيا ومقيماً فى مصر والقضية الاخرى خاصة بالتوطن فى الصين وتسمى قضية توتالز تراستس Tootal's Trusts استأنف كازداغلى الحكم امام محكمة الاستئناف فأيدت الحكم الابتدائى فى ٢٠ ديسمبر ١٩١٧ بصوتين ضد صوت واحد (المداولات علنية فى انجلترا — المرافعات بند ٢٢٢) فرفع التظلم الى المحكمة المسماة مجلس اللوردات واستند المتظلم الى أقوال القاضى اللورد

سكراتون Lord Justice Scrutton الذى خالف زميليه فى الحكم فى الاستئناف كانت محكمة اللوردات مشكلة من الڤاتيكاونت هولدين Viscount Haldane واللورد دانيدن Lord Dunedin واللورد أتكنسون Lord Atkinson وقد أصدر كل منهم حكمه فى يوم الاثنين ٢٨ أكتوبر ١٩١٨ بقبول استئناف الحكم الأول وبعدم اختصاص محكمة لندن بناء على أن كازداغلى يعتبر ذا موطن مصرى فلا تقبل الدعوى ضده فى محاكم انجلترا

(١) حكم اللورد هولدين : ظاهر جداً أن المستأنف كان له موطن أصلى (بند ٩١) فى انجلترا وأنه هجره الى مصر فى سنة ١٨٩٥ حيث جعل فيها مأواه النهائى بغير نية الرجوع الى انجلترا . ففى هذه الحالة كان يجب اعتباره متوطناً فى مصر اذا كانت مصر من البلاد التى يصح التوطن فيها ولم يصدر منه ما يمنع من حصوله على ذلك الموطن ، ولكنه استمر على جنسيته البريطانية وقيد اسمه فى القنصلية البريطانية فى مصر باعتباره أحد أفراد الجالية البريطانية المقيمة فيها . ومحل النظر الآن هو ما اذا كان هذا القيد مع كل ما يستتبعه من النتائج قد منعه من فقد موطنه الاصلى الانجليزى . لا شك أن الاشخاص المقيدة أسماؤهم فى القنصليات يتمتعون بامتيازات خاصة منها أن قضاياهم ومخاصماتهم فيما بينهم تنظر امام القنصليات البريطانية واذا كانت فيما بينهم وبين المصريين أو الاجانب فانها تنظر امام المحاكم المختلطة . وبعد نشوب الحرب استمرت الحال كذلك بمقتضى دكرتو سلطانى صادر فى ٩ فبراير ١٩١٥ من عظمة سلطان مصر نص فيه على أنه « الى أن يصدر أمر آخر وبدون اخلال بأى اجراء تتخذه السلطات العسكرية (البريطانية) بسبب كون البلاد تحت الاحكام العرفية تستمر المحاكم الاستثنائية المعترف بها للآن فى مصر فى العمل الذى كانت مختصة به وقت ان زالت السيادة العثمانية . وبناءً على ذلك تمنح المحاكم المذكورة بصفة مؤقتة هى وما تفرع عنها من السلطات ، جميع الاختصاصات والوظائف التى استمدتها للآن من المعاهدات

مصر بلد متمدين

والفرمانات والبراءات العثمانية » . ولكن مصر بلد متمدين لا شك عندى فى جواز التوطن فيه ما لم يكن هناك موانع خاصة ؛ وما يجب الحكم فيه الآن هو هل تعتبر العضوية فى الجالية البريطانية المتمتعة بالامتيازات المذكورة فى مصر مانعاً من القرينة على امكان الحصول على موطن مختار . ثم انتقل اللورد الى فحص الاحكام السابقة فقرر « أولا فيما يتعلق بالقضية المسماة توتالز ترستس Tootal's Trusts أن القاضى انما أراد أن يقرر أن النظامات السائدة فى الصين مختلفة عن مثلها فى انجلترا اختلافاً كبيراً جداً لدرجة أنها تعتبر قرينة عملية قوية يرتفع معها كل قصد أو ارادة فى الحصول على موطن فى تلك البلاد (لأن اكتساب الموطن يغير قانون الاحوال الشخصية وينتج نتائج أخرى لا يظن معها مطلقاً أن الشخص قد أراد اكتساب الموطن الجديد) ثانياً وفى قضية عبد المسيح تقرر أن الموطن لا يمكن أن يعتبر مكتسباً لمجرد كون الشخص عضواً فى جالية معينة لكونه تحت الحماية البريطانية وهو من طائفة الكلدان الكاثوليك العثمانيين اذا لم يكن ثمت أى اتصال بينه وبين السكان المستقرة فيه تلك الجالية (والتى هو منتسب اليها بالحماية ومكانها انجلترا) بحيث يمتد اليه منها سلطان قانونها الاقليمى حتى تقاس به أهليته الشخصية وكانت النتيجة أن الوارث للموصى اعتبر خاضعاً للقانون العثمانى السارى على طائفة الكلدان الكاثوليك التابع هو اليها وهذا القانون يعمل به فى مصر التى كانت جزءاً من الاملاك العثمانيـة » وبمعنى آخر كما يقول وستليك فى ص ٣١٩ إن الحماية البريطانية فى الامبراطورية العثمانية لا تجعل القانون الانجليزى هو القانون الشخصى لصاحب الحمـاية غير مكترثة بالعواطف الوطنية والموطن والدين والقومية كلها مجتمعة (بند ٢١٠ و ٢١١ فى الحريات) .

مصر بلد متمدين

« وفى الوقت الذى أنكر على المدعى عليه موطنه فى مصر قد أصبحت القاهرة مدينة حديثة متمدينة وواقعة فى بلاد سلطان صديق لنا Cairo has become a modern and civilized city sitting in the country of a

freindly Sultan: ولذلك يجب قبول الاستئناف

(٢) حكم اللورد دانيدن : المسألة العملية فى هذه القضية هى هل تختص محاكم انجلترا بالحكم بالطلاق بناء على طلب المدعية ؟ كان للمدعى عليه موطن أصلى فى انجلترا ولذلك يكون خاضعاً لقضائها ما لم يكن قد ترك موطنه فيها واكتسب موطناً جديداً ؛ والحجة ضد الموطن المصرى هى أن المدعى عليه مقيد اسمه فى القنصلية البريطانية ولذلك فهو ممتاز بعدم خضوعه للمحاكم المحلية فلا يمكنه أن يكتسب موطناً مصرياً — يا حضرات اللوردات انى اعتقد أن هذا القول ليس مؤيداً بقوة الاحكام السابقة ولا هو صحيح من حيث المبدأ :

فمن حيث الاحكام السابقة لا تتقيدون بقضية توتالز ترستس ولا بقضية عبد المسيح فانه يظهر لى أن خطأ الرأى المعارض مبنى على فكرة الخروج عن الاقليم Extra-territoriality ولكن هذه الفكرة لا تطبق مطلقاً فى الموضوع الذى نحن بصدده

يظهر لى أن جميع الامتيازات الممنوحة للاجانب Capitulations والتى تستمر الآن بمقتضى أمر الحاكم الحالى فى مصر هى امتيازات أقرها وشرعها القانون المصرى وهى ليست من أمر القانون الانجليزى . وهل يوجد أدنى تناقض بين وجود موطن مصرى وبين امتياز أعطى بالقانون المصرى لفئة من الناس من مقتضاه أنهم يعاملون فى بعض الاحوال بقانون غير القانون المصرى ؟ ان الرأى المعارض يريد أن يفترض أنه لا يمكنك أن تعتبر متوطناً فى بلد ما الا اذا لم يكن هناك أدنى فرق بين القانون الذى يسرى عليك والقانون الذى يسرى على أهالى البلد الذى تريد أن تقطن فيه . و بناء على هذه النظرية كيف يمكن أن تفسر الحالة فى الهند حيث لا ينكر أحد أن يجوز للانسان أن يكون له موطن فى الهند ؟ ومن المقرر أنه بعد توطنه فيها يختلف القانون الذى يسرى عليه بحسب ما اذا كان من الهندوس أو المسلمين أو غيرهم . لذلك أرى أنه يجب قبول الاستئناف

(٣) حكم اللورد اتكنسون : يا حضرات اللوردات أنا أوافقكم . نعم انه حصل النزاع فى امكان الحصول على موطن فى مصر بسبب قيد اسم المدعى عليه فى القنصليــة البريطانية وثانياً بدعوى أن جلالة ملك الانجليز له حق الحــكم فى مصر ، بمقتضى فكرة الخروج عن الاقليم ، وذلك بواسطة محاكمه القنصلية المؤسسة على الامتيازات الاجنبية والمؤكدة بمعاهدة الدردنيل المحررة فى سنة ١٨٠٩ بين سلطان تركيا وبريطانيا العظمى والمرتّبة بالأمر الصادر من مجلس الملك فى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ . لذلك قالوا بأن المدعى عليه باعتباره مقيداً فى القنصلية لا تعتبر اقامته كاقامة أحد من السكان ولــكنها اقامة فرد ممتــاز من جالية معتبرة خارجة عن الاقليم الذى تقيم فيه بالفعل وغير متصلة بجهة معينة تخضع لقانونها ولذلك فلا تعتبر متوطنة قانوناً حيث تقيم . وظاهر أن القاضى هوريدج كان يحكم فى أول درجة بأن المدعى عليه متوطن فى مصر توطناً مختاراً لولا أن اعترضته الاحكام الصادرة فى قضيتى توتالز وعبد المسيح ؛ وان الاغلبية فى محكمة الاستئناف رأت نفسها مقيدة بالحــكمين المذكورين وقضت بما فهمته المبدأ فيهما . أما اللورد سكراتون الذى خالف الاغلبية المذكورة فانه أظهر فى حكم متين جداً أن المبادئ المدعى بوجودها فى هذين الحــكمين اذا كانت حقيقة كما يقولون هى مبادئ غير صحيحة وان المدعى عليــه قد اكتسب حتما موطناً مصرياً . ثم انتقل اللورد اتكنسون الى فحص الحــكمين المذكورين فحصاً تفصيلياً . . . وانتقد حكم اللورد واتسون Lord Watson فى قضية عبد المسيح قائلا : لقد أثار الجدال فى هــذه القضية نبذتان وردتا فى الحــكم المذكور فقد قال الحــكم فى معرض الكلام على الموطن الانجليزى — المصرى المختار Anglo-Egyptian domicile of choice المدّعَى بحصول الموصى عليه فى قضية عبد المسيح ، و بعد أن ذكر أن القاهرة ليست من الاملاك البريطانية ولا هى محكومة بمقتضى القانون الانجليزى ولا هى أرض انجليزية ولــكنها من أملاك حكومة أجنبية وخاضعة لسيادة الباب العالى ، قال :

« اعطيت امتيازات معينـة بواسطة معاهدات للاجانب من سكان مصر . فهم خاضعون لسلطة محاكمهم القنصلية وحدها فى قضاياهم المدنية والجنائية وهم معفون من حكم القانون الاقليمى أو المحلى ومن الضرائب ، ويكوّنون طائفة خاصة تعيش تحت سلطان القانون الانجليزى فى الديار المصرية ومستقلة عن المحاكم المصرية ومحصلى الضرائب المصريين . . . . » فهذه النبذة هى وصف غير صحيح بالكلية للحالة الحقيقية السائدة الآن فى مصر بالنسبة للطائفة الممتازة المذكورة . غير صحيح ان أفرادها لا يخضعون الا لمحاكمهم القنصلية فى المواد المدنيـة والجنائية . . . . ذلك لأنهم خاضعون لحكم المحاكم المختلطة التى هى محاكم مصرية انشئت بقوانين مصرية . حتى المحاكم القنصلية فان أحكامها وأوامرها لا تنفذ بواسطة رجال القنصليات وانما بواسطة السلطات المصرية . كذلك غير صحيح انهم معفون من حكم القانون الاقليمى ومن دفع الضرائب أو مستقلين عن حكم المحاكم المصرية ومحصلى الضرائب . كلا . انهـم يدفعون الضرائب التى اتفقت الحكومة الانجليزية مع خديوى مصر على أن يدفعوها . . . وقد اعتبرت المدعية أن المحاكم القنصلية قد انشئت واعطى لها الاختصاص الذى تتولاه الآن ، بمقتضى أمر من التـاج البريطانى ، بمحض سلطته وارادته ، وبدون التفات مطلقاً الى السيادة التى لتركيا أو لخديوى مصر . وهذا فى رأيى ليس النظر الصحيح فانها انما انشئت وأعطيت ما لهـا من الاختصاصات بموافقة السلطة التشريعية الحاكمة فى مصر وتنفيذاً لحقها فى الحكم والتشريع . فقانون موطن الانجليز المقيمين فى مصر هو القانون العام المعمول به فى مصر على الوطنيين المصريين معدلا بنصوص الامتيازات الاجنبية والاتفاقات الخاصة بالمحاكم المختلطة . ولا أهمية مطلقاً لكون هذه المحاكم قد انشئت وتحدد اختصاصها بمقتضى معاهدة . . . وهنا أورد الحكم ذكر نصوص المواد ٩ ل ت م م و٣ و١٣ و١٤ مدنى مختلط وانتقل الى الكلام عن المادة ١٥ من الامتيـازات التى امضيت فى سنة ١٦٧٦ فذكر أنها قررت أن

الخصومات الحاصلة بين الانجليز وغيرهم تنظرها المحاكم المصرية مع ضمانة لمصالحهم قررتها المادة ٢٤ وهى حضور القنصل وكذلك المادة ٥٢ وأخيراً فان المادة ١٦ وضعت الاساس الذى بنى عليه الاختصاص المدعى بكونه خارجاً عن الأقاليم Extraterritorial jurisdiction فقد نصت المادة المذكورة على أنه « اذا حصل نزاع بين الانجليز فيما بينهم فانه يترك لسفيرهم أو قنصلهم ليفصل فيه طبقاً للعادات المرعيـة بينهم بدون أن يتدخل القاضى أو أى حاكم آخر من عبيدنا فى هذه المسائل » . وثابت أن الأمر البريطانى الصادر فى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ لايصل بنا الى أبعد من ذلك . فمع وجود هذه النصوص جميعها لا يمكن القول ، بأى شكل يقرب من الحقيقة ، بأن الرعايا البريطانيين الحقيقيين ومن تحميهم بريطانيا العظمى يعتبرون طائفة ممتازة تعيش تحت سلطان القانون الانجليزى فى الديار المصرية وتخرج عن حكم المحاكم المصرية ومحصلى الضرائب فيها . لذلك كان الدفع بأن الخروج الحكمى عن الاقليم يمنع من الحصول على موطن فى مصر دفعاً غير مبنى على أحكام سابقة ، ويجب رفضه ، وأخيراً أقر مع اللورد سكراتون أنه ليس ما يلزم للحصول على موطن مختار فى مصر سوى ما يلزم من الشروط لاكتساب الموطن فى أى بلد أوروبى وهو شرط الاقامة بالاختيار مع قصد الاستمرار فيها الى أجل غير محدود[1]

النزعة الى استبدال الموطن بالجنسية

٩٩ — هذا ويلاحظ أخيراً أن رأى علماء قارة أوروبا الآن (اخراجا لانجلترا) ونزعة القوانين الأجنبية الجديدة على العموم يرميان الى تغيير «الموطن» بالجنسية فى كل ما يتعلق بالمسائل المدنية وما يتفرع عنها وجعلها الحكم الفصل فى

---

[٩٨] (١) حصلنا على هذا الحكم من دوسيه القضية الاصلى واختصرناه بقدر الامكان ونشر بعد ذلك فى المجلات القضائية ومنها Law Times الجزء ١١٩ ص ٤٠٣ والجزء ١٢٠ ص ٥٢ وفى كلونيه مجلد ٤٨ ص ٢٥٢ ومعه تعليق للاستاذ روچييه المدرس بجامعة جرينول فى كلونيه المذكور ونشرت خلاصته فى الجازيت ١٢ ص ٣٢

جميع هذه المسائل كما هى فى المسائل السياسية [1]

الفصل الثانى

الجنسية Nationalité

أهمية الجنسيه ١٠٠ — ليس للجنسية أهمية كبيرة من وجهة القانون الدولى الخاص فى الاقطار التى تسود فيها فكرة الموطن مثل انجلترا مثلا ومع ذلك، حتى فى هذه الاقطار، لا تخلو معرفة القواعد المبنية عليها الجنسية من فوائد جليلة نظراً للنزعة التى عليها الآن أغلب بلاد أوروبا فى احلال الجنسية محل الموطن باعتبارها الأساس الذى تقوم عليه الاحوال الشخصية والاختصاص؛ وفوق ذلك فان الحرب الماضية قد ألفتت نظر الحكومات بوجه عام الى اصلاح قوانينها المتعلقة بالجنسية نظراً لما يترتب عليها من الحقوق والواجبات أثناء الحرب و بعدها [1]

أما فى البلاد التى هى مثل فرنسا وايطاليا والمانيا ومصر فانه من المهم جداً من وجهة القانون الدولى الخاص فيها الوقوف على القواعد المتعلقة بالجنسية [2]

تعريف الجنسية ١٠١ — والجنسية صلة قانونية بين دولة أو أمة وشخص معين. وهى منشئة لحقوق وواجبات معينة. فيجب على الدولة أن تحمى رعاياها وعلى هؤلاء أن

---

[٩٩] (١) دايسى ص ١٠٧ حاشية ج ووستليك ص ٢٥ حيث يقرر أن مادة القانون الدولى الخاص قد تأثرت كثيراً باعتبار الجنسية أساساً للاحوال الشخصية فى كثير من البلاد الاوروبية الآن بدلا من « الموطن » وسنرى الصعوبات الكبيرة التى تنشأ عن وجود أساسين فى الموضوع الاحوال الشخصية وغيرها تحت نظرية « الاحالة » فى بند ٢٨٥".

[١٠٠] (١) مثلا اضطرت انجلترا الى سن قانون جديد محكم الاطراف ضمنته أحسن القواعد وأحدثها فيما يتعلق بالجنسية وصدر القانون المذكور فى سنة ١٩١٤ وتعدل فى ١٩١٨ (راجع دايسى الطبعة الثالثة ١٩٢٢ ص ١٦٧ — ٢١١

(٢) راجع بند ٨١ تجد فيه البلاد التى تتخذ الجنسية أساساً للاحوال الشخصية

يقوموا لها بواجب الولاء والاخلاص وبالخدمة العسكرية ونحو ذلك من الواجبات وهذه الصلات يختص ببيانها القانون العام لكل دولة

وقد تنسب الجنسية الى شخص معنوى أو الى المراكب وفى هذه الاحوال التصورية تختلف الظروف التى تنشئ تلك النسبة عن الظروف التى ينتسب بها الانسان الى جنسية معينة والتى هى موضوع دراستنا هذه

بيان الموضوع

١٠٢ — وفيما يتعلق بانتساب الانسان الى جنسية معينة يجب معرفة طرق اكتساب الجنسية وأسباب ضياعها وكيف تتغير كما يجب معرفة كيفية اثبات الجنسية وكيف تحل المنازعات التى تنشأ عن اعتبار الانسان ذا جنسيتين مختلفتين بمقتضى قانونين مختلفين أو اعتباره غير ذى جنسية بالكلية وأخيراً يجب معرفة تأثير الجنسية على الاحوال الشخصية ؛ هذا وسنعود بعد ذلك كله الى بيان الاسباب التى يمكن أن يفضل بها أحد النظامين — الجنسية والموطن — على الآخر (بند ١٣٧ »)

قوانين الجنسية

١٠٣ — ويوجد فى أغلب بلاد العالم قوانين خاصة بالجنسية فيوجد فى انجلترا قانون خاص بها صادر فى سنة ١٨٧٢ ويسمى The Naturalization Act حل محله قانونان آخران صادران فى سنة ١٩١٤ وسنة ١٩١٨ ويسميان The British Nationality and Status of Aliens Act استلزمتهما حالة الحرب والهدنة (وستليك ص ٣٤٨ » ودايسى ص ١٦٧ ») وفى فرنسا القانون الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٩ الذى وضع فى المادة السابعة وما بعدها من القانون المدنى الفرنسى ؛ وفى البلاد العثمانية يوجد قانون خاص للجنسية وضع فى سنة ١٨٦٩ وكان سارياً على مصر لغاية اعلان الحماية البريطانية عليها فى سنة ١٩١٤ حيث حصل الشك فى سريانه على مصر[1] ومع ذلك فقد فات من قالوا بعدم استمرار سريان هذا

فى مصر

---

[١٠٣] (١) حكمت محكمة مصر الجزئية المختلطة مشكلة من المستر بوث فى ١٧ ديسمبر ١٩٢١

القانون فى مصر أنه يجب ملاحظة انه لم يسن قانون آخر للآن يحل محله وبما أنه أصبح جزءاً من القوانين المصرية بتطبيقه فى مصر ردحاً من الزمن ابان سيادة تركيا عليها فيجب العمل به الى أن يصدر قانون آخر خاص بمصر وذلك باعتباره جزءا من القوانين المصرية لا باعتباره قانون الدولة صاحبة السيادة [٢] وبديهى أن قانون الجنسية البريطانى لا يسرى على مصر على أثر اعلان الحماية البريطانية عليها [٣]

الجنسية المصرية — ومع ذلك فقد تقرر الآن استقلال مصر بعد انتهاء الحماية البريطانية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ وصدر الدستور المصرى ناصاً على أن الجنسية المصرية يحددها قانون (مادة ٢) ولما يصدر هذا القانون للآن ، ويظهر أنه توجد صعوبات سياسية فى سبيل سنّه (بند ٢١٤) نظرا لجواز مساسه بحقوق الاجانب الموجودين بمصر والذين ليس للحكومة المصرية عليهم سلطان كامل ؛ فوجب استمرار الرجوع الى أحكام القانون العثمانى باعتباره قانوناً مصرياً الى أن تغير قواعده بقانون مصرى جديد

جازيت ١٢ ص ٩٠ نمرة ١٦٠ أن لا محل لتطبيق القانون العثمانى الآن فيما يتعلق بأخذ اذن للتجنس بجنسية أجنبية ، بعد ان أصبحت مصر غير تابعة لتركيا وذلك رغم كون المحاكم كانت دائما تطبق القانون العثمانى ولم يفرق القاضى بين الجنسية العثمانية والجنسية الايطالية واعتبر الاثنتين أجنبيين وفضل بينهما الجنسية التى اختارها الشخص وقد كان خدم فى الجيش الايطالى مدة الحرب فاعتبره ايطاليا رغم كونه لم يحصل على تصريح بتغيير جنسيته (قارن بند ١٣٠)

(٢) وقد اتبع هذا الرأى دائماً امام المحاكم المختلطة — اذا استثنينا هذا الحكم الفرد الصادر من القاضى الانجليزى (الحاشية السابقة) — وحكمت به حديثاً محكمة المنصورة المدنية المختلطة فى ٧ يونيه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٢ نمرة ٣٣٩ حيث قالت انه يجب العمل بهذا القانون فى مصر مع مراعاة الاختلافات التى يحتمها انفصال مصر عن تركيا دون غيرها وقد قضت ببطلان التجنس بالجنسية البرتغالية لكونه حصل بدون تصريح من الحكومة العثمانية مع كون هذه الحكومة قد وافقت على تعيين الشخص قنصلا للبرتغال ولكن هذا شىء وتغيير الجنسية شىء آخر كما يتضح فى بند ٢٠٣ ،،

(٣) راجع الخطاب المبلغ من الحكومة البريطانية الى المرحوم السلطان حسين كامل سلطان مصر ومنشور فى الوقائع المصرية يوم ١٩ ديسمبر ١٩١٤ حيث ورد فيه « وقد فوضت الى حكومة جلالته أن أصرح بأنه بعد اعلان الحماية البريطانية يكون لجميع الرعايا المصريين أينما كانوا

المبحث الاول — قانون الجنسية العثمانى

١٠٤ — صدر هذا القانون فى ١٩ يناير سنة ١٨٦٩ للعمل به فى الامبراطورية العثمانيـة (بما فيها مصر قبل انفصالها عن تركيا فى سنة ١٩١٤) وهاك نصوصه وهو مكون من تسع مواد

المادة الاولى — يكون عثمانياً [1] كل شخص ولد من أبوين عثمانيين أو كان أبوه عثمانياً

المادة الثانية — يصح لـكل شخص ولد فى الديار العثمانية من أبوين أجنبيين أن يختار لنفسه (أو يسترد) الجنسية العثمانية اذا طلب ذلك فى خلال ثلاث سنين من بلوغه سن الرشد

المادة الثالثة — يجوز لـكل أجنبى بالغ سن الرشد وأقام فى الديار العثمانية مدة خمس سنين متواليات أن يحصل على الجنسية العثمانية اذا قدم طلباً بذلك الى وزارة الخارجية اما مباشرة واما بواسطة

المادة الرابعة — يجوز للحكومة الامبراطورية أن تمنح الجنسية العثمانية بصفة استثنائية اذا لم تتوافر الشروط المذكورة فى المادة السابقة متى تبين أن الاجنبى يستحق هذه المنحة الاستثنائية

المادة الخامسة — يعتبر العثمانى الذى حصل على جنسية أجنبية بتصريح من الحكومة الامبراطورية أجنبياً ويعامل بهذه الصفة . ولـكنه بالعكس اذا تجنس

الحق فى أن يكونوا بحماية حكومة جلالة الملك » والحماية شىء والجنسية شىء آخر كما سيتضح مما يلى — بند ٢٠٣ فى الحمايات

[١٠٤] (١) كان يصح أن يستبدل لفظ عثمانى هنا بمصرى والحكومة العثمانية أو الامبراطورية بلفظ الحكومة المصرية ولـكننا أبقينا النص على أصله وكذلك فى الشرح لم نخرج عن الالفاظ الاصلية وللقارئ أن يجرى هذا التغيير فى كل موضع اذا شاء فان المقصود هو الـكلام دائماً فيما يتعلق بمصر عن المصريين والحكومة المصرية

بجنسية أجنبية بدون تصريح سابق من الحكومة الامبراطورية يعتبر تجنسه بالجنسية الاجنبية باطلا و يستمر اعتباره من كل الوجوه من رعايا الحكومة العثمانية ولا يمكن لعثمانى فى كل الاحوال أن يتجنس بجنسية أجنبية الا بعد حصوله على تصريح يعطى بمقتضى ارادة امبراطورية

المادة السادسة — ومع ذلك يجوز للحكومة الامبراطورية أن تقرر زوال الجنسية العثمانية عن أى عثمانى تجنس وهو فى الخارج بجنسية اجنبية ، أو قبل القيام بواجبات عسكرية فى خدمة حكومة أجنبية ، بدون تصريح من الحكومة العثمانية وفى هذه الحالة يترتب على زوال جنسيته العثمانية انه يمنع بنص القانون من الدخول فى الامبراطورية العثمانية

المادة السابعة — يجوز للمرأة العثمانية التى تزوج نفسها من أجنبى أن تسترد Recouvrer جنسيتها العثمانية اذا ترملت ويكون ذلك بتقرير يقدم منها بهذا المعنى فى خلال ثلاث سنين من تاريخ وفاة زوجها . ولا تسرى هذه القاعدة الا على شخصها أما أملاكها فتظل خاضعة للقوانين واللوائح العامة التى تحكمها من قبل

المادة الثامنة — اذا تجنس العثمانى بجنسية اجنبية أو زالت عنه الجنسية العثمانية فان أولاده ولو كانوا صغاراً لا يتبعونه فى حالته بل يستمرون عثمانيين . وكذلك اذا أصبح الاجنبى عثمانياً فان أولاده لا يتبعونه فى جنسيته الجديدة بل يستمرون أجانب

المادة التاسعة وهى الأخيرة — يعتبر كل شخص مقيم فى الديار العثمانية عثمانياً و يعامل كذلك الى أن تثبت جنسيته الاجنبية بطريق رسمى

١٠٥ — هذا ولما كان من المنتظر قريباً صدور قانون خاص بالجنسية المصرية فاننا سنوجز شرح القانون العثمانى هنا الآن ونحيل من يريد الاسهاب على كتاب الاستاذ ارمانچون فى « الاجانب وأصحاب الحمايات فى الامبراطورية

العثمانية الذى طبع فى سنة ١٩٠٣ ص ٨١ — ١٥٠

أقسام الجنسية
١٠٦ — تنقسم الجنسية الى ثلاثة أقسام تبعاً للسبب الذى أوجب اكتسابها فهى :

١ — أصلية
اما جنسية أصلية (قارن الموطن الاصلى، بند ٩١) وهى التى يقررها القانون لكل انسان عند ولادته كما هى الحال فى المادة الاولى من القانون العثمانى فمن ولد من أبوين عثمانيين أو كان أبوه عثمانياً كانت جنسيته الأصلية عثمانياً

٢ — مكتسبة
واما جنسية مكتسبة أو مختارة (قارن الموطن المختار، بند ٩١) وهى اما أن تكتسب بالتجنس بجنسية أخرى بارادة الشخص نفسه بطريقة مباشرة كما فى المواد ٢ و٣ و٤ من القانون المذكور واما بطريقة غير مباشرة كما فى الزواج طبقاً للمادة السابعة

٣ — مفروضة
واما جنسية مفروضة على الشخص Imposée وهى التى تكون نتيجة للفتح أو للتنازل عن الاراضى وقد يكون سببها وجود الشخص فى بلد معين وعدم تمكنه من اثبات جنسيته الأجنبية كما فى المادة التاسعة فانها تفترض الجنسية العثمانية فى حق كل شخص مقيم فى الديار العثمانية الى أن يثبت جنسيته الاجنبية

مبدأ الجنسية
ويمكن نظرياً أن تبنى الجنسية الأصلية على أحد سببين طبيعيين الأول التناسل أو النسب فيأخذ الولد جنسيته عن والده وقت الولادة كما فى المادة الاولى وتتصل بالجنسية فى هذه الحالة بالمولود بحكم الدم jus sanguinis ؛ والسبب الثانى الولادة فى قطر معين فيأخذ الولد جنسيته عن قانون البلد الذى ولد فيه كما هى الحال فى القانون البريطانى[1] وكما فى المادتين ٢ و ٩ من القانون العثمانى لحد محدود وتتصل الجنسية فى هذه الحالة بالمولود بحكم قانون الارض التى ولد عليها jus soli

وقد كان حق الجنسية المبنى على الدم أو النسب مقرراً فى القانون الرومانى

[١٠٦] (١) راجع أول بند ٩٨ بخصوص قضية كازداغلى فان هذا لم يعتبر بريطانياً الا لكونه قد ولد فى انجلترا مع أن أبويه كانا من رعايا الحكومة المحلية

أما حق الجنسية المبنى على المولد أى محل الولادة فقد كان القاعدة فى زمن حكم الاقطاعات فى القرون الوسطى فى أوروبا

فلما زال حكم الاقطاعات اصبحت القاعدة بناء الجنسية على الدم

وأخيراً بنيت قوانين الجنسية فى القرنين الاخيرين على المولد والدم سوياً بحيث أقيم لكل منهما على السواء وزن خاص فى جميع قوانين العالم المتمدين . ولا يصح أن يخلو قانون من الاعتماد عليهما على السواء[1] نظراً لما للحكومة من السلطان على رعاياها ونظراً لما لها من السلطان على اقليمها فى آن واحد[2]

شرح قانون الجنسية العثمانية

١٠٧ — هذا والمادتان الأولى والثانية من قانون الجنسية الصادر فى تركيا فى سنة ١٨٦٩ تتكلمان عن «الاصل العثمانى» أو الجنسية الاصلية العثمانية : الأولى تبين الجنسية الناشئة عن الدم العثمانى والثانية امكان الحصول على الجنسية العثمانية بالنسبة للاجنبى الذى يولد فى أرض عثمانية والنقص فيهما ظاهر اذ لا نص فيهما على اللقطاء ولا على الاولاد الذين ليس لآبائهم جنسية معلومة . ومع ذلك فهذه النقطة فصلت فيها المادة التاسعة بطريقة غير مباشرة بما أوجدت من قرينة قانونية تقضى بأن تكون جنسيتهم عثمانيــة الى أن يثبت العكس . فيعتبر اللقيط الذى وجد فى أرض عثمانية عثمانياً . وفى حالة وجود طفل مجهول الوالد ومعلوم الوالدة —

اللقيط والمجهول الوالد

---

[١٠٦] (١) جاء فى مشروع اللورد ملنر (المادة الثانية . حرف ب) الذى رفضته الامة المصرية ما معناه أن قانون الجنسية الذى يسن لمصر يجب ألا يشتمل الا على الجنسية التى أساسها الدم فلا يترتب على توالد الاجانب فى مصر امكان ضياع جنسيتهم وصيرورتهم يوماً ما من المصريين مهما طال العهد عليهم فى مصر وبذلك لا يمكن أن يكلفوا بواجبات وطنيــة نحو البلاد التى يقطنون فيها وهذا ليس فى مصلحة مصر ؛ ولا يحتج بأن بقاءهم أجانب يحرمهم من امتيازات الرعوية المصرية فان الامتيازات التى يتمتع بها الاجانب عندنا تفوق فى مجموعها مجموع حقوق المصريين فالقيد المذكور غرم على المصريين وكله غنم للاجانب — راجع ايضا ص ١٠٥ هنا

(٢) وفى هذه الاحوال يجب أن ينص القانون على تخيير الشخص بين الجنسية التى ورثها عن أبيه وبين الجنسية التى اكتسبها من مولده فى بلد معين وقد قرر القانون الانجليزى الجديد فى هذا الموضوع جواز التخلى عن الجنسية الانجليزية المكتسبة من المولد فى أرض بريطانيــة أو المكتسبة من الوالد اذا كان المولد فى جهة غير بريطانيـــة ويكفى فى ذلك اقرار بسيط (دايسى) ص ١٩٩ قاعدة نمرة ٤١

وهى فى الغالب حالة الاولاد غير الشرعيين — لا يكون ثمت مفعول للقرينة المذكورة اذا كان قانون جنسية الأم يقرر اكتساب الجنسية عن الأم فى الحالة المذكورة وهذه قاعدة تكاد تكون عامة فى جميع القوانين — فمثلا الولد الذى تكون أمه ألمانية ويكون والده غير معلوم يعتبر المانياً لأن القانون الالمانى يلحق الاولاد غير الشرعيين بأمهم من حيث الجنسية وحينئذ يتمكن الولد من اثبات جنسيته الالمانية عن أمه. أما اذا كان والد الولد الغير الشرعى المانياً وكانت الأم عثمانية فيكون الولد عثمانياً بمقتضى المادة التاسعة المذكورة وذلك لأن القانون الالمانى لا يجيز اكتساب الجنسية عن الوالد بالنسبة للاولاد غير الشرعيين حتى ولو كان الوالد معلوماً

تطبيقات : قانون المانيا

وأما اذا أقر الوالد بأبوته للطفل وكان قانون جنسية الوالد يجيز اكتساب الجنسية عن الوالد فى حالة الاقرار فان القرينة المقررة فى المادة التاسعة تهدر ، وتثبت للولد جنسية أبيه الاجنبية

تطبيقات : قانون بريطانيا

هذا ومن المقرر فى القانون البريطانى أن الجنسية لا تكتسب عن النساء واذا كان الطفل غير شرعى فلا يكتسب الجنسية عن أبيه حتى ولو أقر ببنوته له بعد الزواج بأمه (بند ٣٨٤) فان الاقرار بالبنوة لا يكسب الولد جنسية أبيه فى القانون الانجليزى وان أكسبه الحقوق المدنية المتفرعة عن صيرورته ولداً شرعياً . والسبب فى ذلك أن الجنسية المكتسبة عن النسب لا تكتسب الا عند الولادة فلا تنشأ بعدها فيكون الاولاد المذكورون مصريين متى ولدوا فى مصر (١) كذلك نص القانون البريطانى الجديد على أن الجنسية البريطانية لا تورث الا من طبقة واحدة بمعنى أن الابن يكون بريطانياً أما ابن الابن فلا يكون كذلك بحكم

[١٠٧] (١) قارن وستليك ص ٩٨ — ١٠٠ وهذا لا ينفى أن الطفل يكتسب الجنسية البريطانية بسبب آخر غير أخذها عن والده ، فاذا كان مولده فى أرض انجليزية فهو بريطانى بحكم المولد لا بحكم النسب أو الاقرار بالبنوة

الدم بل يجب أن يولد فى البلاد البريطانية أو يطلب التجنس بعد بلوغه ولكنه يستثنى من ذلك من يولدون فى بلاد يكون فيها الملك بريطانيا العظمى حق الحكم على رعاياه فيها Where the King exercises extra-territorial jurisdiction over British subjects مثل تركيا سابقا ومصر والعجم ، كذلك لا تنتقل الجنسية فى القانون البريطانى عن الوالد الى ولده الا اذا كانت الولادة فى حياة الوالد فاذا ولد لانجليزى ولد هنا بعد وفاة والده Posthumous child فلا يكون انجليزياً بل عثمانياً الى أن يختار الجنسية البريطانية ويصح ذلك فى حالة صغره

نقص السيادة الاقليمية

والمادة الثانية ناقصة جداً من حيث أنها تترك للاجنبى الخيار بعد بلوغه بين جنسيته الاجنبية المكتسبة عن والديه والجنسية العثمانية التى ولد فى بلادها وهذه النقطة دقيقة جداً لأنها مبنية على اعتبارات سياسية خطيرة اذ بمقتضى المادة المذكورة تظل العائلات الاجنبية متمتعة بجنسيتها الاجنبية ويكون أبناؤها أجانب دائماً مهما تقادم عهد سكنها فى البلاد العثمانية ولا يلزم هؤلاء الأبناء بالجنسية العثمانية بل يكون لهم حق اختيارها اذا أرادوا وطبعاً لا يختارونها الا اذا كان لهم من ورائها مغنم خاص يرمون اليه بعكس ما اذا كانت القاعدة أن كل من يولد فى البلاد العثمانية يعتبر عثمانياً فان الاجانب الذين يولدون فيها يضطرون بحكم جنسيتهم الى الرضوخ الى جميع الواجبات التى توجبها الجنسية العثمانية فلا يهبط الى البلاد من الاجانب الا من يقبل أعباء الواجبات المذكورة ويلاحظ أن الامتيازات الاجنبية تجعل الاجانب يفضلون دائماً بقاءهم أجانب لما يجدون فى هذه الصفة من المزايا [٢] خصوصاً فى مصر

التجنس بالعثمانية

وتتكلم المادتان الثالثة والرابعة عن التجنس Naturalisation بالجنسية العثمانية بالنسبة لمن لم يولد فى البلاد العثمانية أو بالنسبة له اذا أراد التجنس بعد مرور

---

(٢) قارن المادة ١ من قانون الجنسية البريطانية الجديد ودايسى ص ١٦٩ و٧٩٩ وعلى الخصوص ٨٠٤ ،، والمادة ٨ من القانون المدنى الفرنسى المعدلة بقانون ٢٦ يونيه ١٨٨٩

ثلاث سنين من بلوغه

والبلوغ الوارد أمره فى المادتين الثانية والثالثة هو البلوغ بحسب قانون الاحوال الشخصية الذى نشأ عليه الاجنبى الذى يريد التجنس بالجنسية العثمانية و يشترط هنا ان يكون الاجنبى قد أمضى خمس سنوات كاملة فى الديار العثمانية ومع ذلك فقد جرت العادة بأن يعفى من هذا الشرط من اعتنق الدين الاسلامى أو كان فلاحاً يريد الاقامة فى الديار العثمانية و يقسم يمين الولاء لحكومتها

آثار اختيار الجنسية العثمانية

١٠٨ — وقد اختلف فى حالة الاجنبى الذى تنطبق عليه المادة الثانية هل يعتبر عثمانياً من يوم ولادته أم يعتبر كذلك من يوم قبول طلبه بعد البلوغ . النص الفرنسى للقانون يقول « يمكنه أن يسترجع الجنسية العثمانية Peut revendiquer la qualité de sujet ottoman وكذلك حكمت المحاكم الفرنسية بأن المادة التاسعة من القانون الفرنسى التى قيل بأخذ المادة العثمانية عنها، اعتبرت فى ذلك الوقت ذات أثر رجعى يستند الى يوم الولادة فكان من المحتم اعتبار الاجنبى المذكور عثمانياً من يوم ولادته[1] ولكن اذا راعينا أن الامر موكول لاختيار الاجنبى وانه لا يستعمل هذا الاختيار الا بعد سن معين وان المعاملات يجب أن تبنى على وقائع ثابتة يعلمها الغير و يعتمد عليها وان على الجنسية تتوقف معرفة قانون الاحوال الشخصية ومعرفة المحاكم المختصة فى أمور كثيرة ؛ حكمنا بدون تردد بأن التجنس لا ينتج نتائجه الا من يوم حصوله ولا يعتبر ذا أثر رجعى[2] وقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا الرأى (حكم ٥ دسمبر ١٨٨٨ مج ت م ١ ص ١٤٥)

الخروج عن الجنسية

١٠٩ — وتتكلم المادتان الخامسة والسادسة على ما يسمى الخروج عن

---

[١٠٨] (١) ارمانجون « الاجانب وأصحاب الحمايات » ص ٨٤

(٢) قارن ماكتبه الاستاذ « سالم » المحامى فى سلانيك فى مجلة كلونيه ١٩٠٥ ص ٨٨٢ تجد فيه من الاعتبارات العملية ما يقضى باتباع الرأى المذكور

الجنسية العثمانية Dénationalisation وهـذا قد يكون بتصريح من الحكومة العثمانية[1] وحينئذ ينتج كل نتائجه ؛ وقد لا يكون بتصريح وحينئذ يعتبر لاغياً فى نظر الحكومة العثمانية ويعامل الشخص كما لو لم يكتسب اية جنسية أجنبية مطلقاً[2] . وقد اختلف فى حالة التجنس بجنسية أجنبية خارج الاقطار العثمانية هل من ضرورة فيه لتصريح الحكومة العثمانية فمن قائل بضرورة التصريح فى كل الاحوال سواء كان التجنس حاصلا فى الاقطار العثمانية أو خارجاً عنها[3] وذلك لأن القانون لم يميز بل نص على وجوب التصريح فى كل الاحوال اعتماداً على أن الجنسية صلة بين فرد وحكومة فلا بد لقطع هذه الصلة من موافقة الحكومة حتى ولو كان الفرد خارج أرض تلك الحكومة ؛ ومن قائل بأن التصريح لا يكون لازماً اذا حصل التجنس خارج أرض الحكومة العثمانية ؛ وأصحاب هذا الرأى يستندون الى المذكرة الايضاحية التى ظهرت مع القانون وهى تبتدئ بما معناه أن « الغرض الوحيد من الحصول على تصريح سابق لتغيير الجنسية هو منع العثمانى الذى يكون مقيماً فى الديار العثمانية من الخروج عن حكم السلطة العثمانية الشرعية »[4] ولكن هذه المذكرة قد وضعت لتأييد فكرة التصريح السابق وبينت الحالة التى يكون

التجنس خارج البلاد العثمانية

---

[١٠٩] (١) هذا وقد حكم بأن للحكومة المصرية أن تمنح التصريح بتغيير الجنسية فى حق أى عثمانى وذلك لان الباب العالى قد أقر ضمناً بسيادة الحكومة المصرية فى هذا الموضوع بعدم اعتراضه مطلقاً على الاتفاق الذى حصل مباشرة بين الحكومة المصرية والحكومة اليونانية فى ٢ فبراير سنة ١٨٩٠ بخصوص فحص حالة اليونانيين والبت فى أمر جنسيتهم فى مصر (المنصورة المختلطة فى ٢١ يناير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٩١ نمرة ١٨٣ ونحوه اسكندرية المختلطة فى ١٦ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٠ نمرة ٣٣٨ خصوصا بعد الاستقلال عن تركيا

(٢) حتى ولو كان حاصلا على حماية أجنبية بتعيينه قنصلا لحكومة أجنبية فى مصر وبرضاء الدولة العلية عن هذا التعيين وموافقتها عليه (بند ٢١١) فان التصريح واجب على كل حال (محكمة المنصورة المدنية فى ٧ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٢ نمرة ٣٣٩ قضية عبد الله بك شديد ضد الكونت سليم دى شديد

(٣) س م ٢٢ فبراير ١٩١٢ جازيت ٢ ص ٨٦

(٤) س م ٢٦ دسمبر ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٦٦ نمرة ١١١ وارمانجون ص ٣٤١

فيها الخطر ظاهراً حتى تقتنع الدول بحكمة النص ؛ وذلك لا يمكن أن يعارض نص القانون الصريح فى وجوب أخذ الاذن فى كل الاحوال بدليل أن المادة الخامسة قررت أن التجنس الحاصل بدون اذن يعتبر باطلا ويعتبر الشخص عثمانياً من كل الوجوه ونصت على وجوب أخذ الاذن فى كل الاحوال وجاءت على أثرها المادة السادسة مقررة حق الحكومة العثمانية فى حرمان الشخص المذكور من الجنسية العثمانية ومزاياها اذا كان التجنس حاصلا خارج الديار العثمانية وهذا الحرمان يقتضى منع الشخص من الدخول فى الديار العثمانية : فاذا كان التجنس حاصلا فى تلك الديار اعتبرته باطلا من كل الوجوه واذا كان حاصلا خارجها اعتبرته كذلك وجاز لها فوق ذلك حرمان الشخص من الجنسية العثمانية وما يتفرع عنها من المزايا ومنها الرجوع الى الديار العثمانية

تطبيقات : سويسرة واسپانيا

ويلاحظ أن عدم أخذ التصريح انما يجعل التجنس باطلا فى نظر القانون العثمانى ولكن قد يكون التجنس صحيحاً فى نظر القوانين الاخرى وقد لا يكون صحيحاً وذلك تبعاً لنصوص كل قانون : فمثلا بعض القوانين ، مثل قانونى سويسره واسپانيا ، لا يمنح جنسيته الا اذا كانت الجنسية الاولى قد زالت بحكم قانونها فلا يكون التجنس بجنسيتى سويسره واسپانيا صحيحاً الا اذا حصل العثمانى على التصريح من حكومته ويكون الحل واحداً فى القانون العثمانى وفى كل من القانونين السويسرى والاسپانى . وفى القانون الانجليزى السابق على سنة ١٩١٤ تفصيل جميل وهو ان التجنس بالجنسية البريطانية يكسب تلك الجنسية بلا توقف على تصريح سابق من حكومة الجنسية الاولى ولكن اذا عاد الشخص الى دياره الأولى فلا يعتبر فيها بريطانياً الا اذا زالت جنسيته الاولى بحكم قانون تلك الديار أو بمقتضى معاهدة بهذا المعنى[٥]

---

(٥) وستأتيك ص ٣٥١ وبخصوص النص الجديد راجع دايسى الطبعة الثالثة ص ١٩٠ قاعدة نمرة ٣١

وينبنى على ذلك كله أنه اذا رفعت القضية الى محكمة بلد ثالث ولم يكن ثمت تصريح من الحكومة العثمانية فيكون للشخص من الوجهة النظرية جنسيتان يتنازعه كل منهما على السواء (بند ١٢٥) وبما أنه قد لا يكون ثمت مرجح لاحدى الجنسيتين فقد اختلفت الانظار فى أيهما يكون الحكم به وهذا ما سنراه مفصلا فى بند ١٢٩ „

زواج العثمانية من أجنبى

١١٠ — ولم تنص المادة السابعة بصراحة على جنسية المرأة العثمانية التى تتزوج بأجنبى هل تنتقل اليها جنسية زوجها ؟ نعم تنتقل اليها وتصبح المرأة أجنبية رغم عدم النص الصريح ، بشرط أن يكون قانون الزوج مانحاً اياها جنسيته الاجنبية فاذا كان الامر كذلك فانها تصبح أجنبية فى نظر قانون الزوج بمقتضى نصه أو حكمه وبمقتضى القانون العثمانى الذى ينص فى مادته السابعة على جواز استرجاع الجنسية العثمانية بالنسبة للأرملة العثمانية التى كان زوجها أجنبياً فكأن هذا القانون افترض جواز اكتساب الجنسية الاجنبية بالزواج ثم نص على جواز استرجاع الجنسية العثمانية . أما اذا كان قانون الزوج لا يمنح جنسيته للمرأة العثمانية فتظل عثمانية رغم الزواج . وقد كان الحكم فى تركيا قبل قانون ١٨٦٩ أن المرأة العثمانية تحتفظ بجنسيتها دائماً رغم الزواج وكان زواج العثمانيات من الاجانب طريقة يلتجئ اليها هؤلاء للحصول بواسطة زوجاتهم العثمانيات على ملكية الاراضى العثمانية التى ما كان يحل لأجنبى امتلاكها قبل قانون سنة ١٨٦٧ الذى أباح تلك الملكية للاجانب . وقد قيل انه ربما كان السبب فى عدم نص القانون العثمانى صراحة على اكتساب المرأة جنسية زوجها الأجنبى أن الشريعة الاسلامية لا تبيح زواج المسلمات من غير المسلمين فلا تنتقل الجنسية بالزواج الباطل ولكن غاب عمن قالوا ذلك أن الاجنبى قد يكون مسلماً(١) كما غاب عنهم أن المرأة

---

[١١٠] (١) راجع حكم المحكمة الجزئية المختلطة باسكندرية فى ٢٢ مارس ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١١٦

العثمانية قد تكون مسيحية وقد يكون زوجها اجنبياً مسيحياً أو اجنبياً مسلماً . وعلى كل حال فمن المقرر أنه متى كان الزواج صحيحاً فانه ينقل جنسية الرجل الاجنبى الى زوجته العثمانية بالشرط المتقدم[٢] وقد أفتت بذلك دائما السلطات العثمانية السياسية واتبعته فى أعمالها[٣]

الاجنبية التى تتزوج عثمانيا

١١١ — ولم يشر القانون العثمانى الى مركز المرأة الاجنبية التى تتزوج من عثمانى ولذلك اختلفت الانظار فى هذه النقطة اختلافاً كبيراً [١] وصدرت فيها أحكام متناقضة من المحاكم المختلطة فقضى بعضها بأن المرأة تحتفظ بجنسيتها ولا تصبح عثمانية بالزواج من عثمانى [٢] وقضت أحكام أخرى بأنها تكتسب الجنسية العثمانية [٣] وقد اختلفت القنصليات الاجنبية أيضاً فى الحكم فى هذه النقطة ويعتمد أصحاب الرأى الاول على عدم النص فيقولون باحتفاظ المرأة بجنسيتها الاصلية ما دام أن القانون العثمانى لم يكسبها جنسيته ولا يصح أن تضيع جنسيتها الاصلية ولا تجد من نصوص القانون العثمانى ما يمنحها الجنسية العثمانية . وعلى

---

(٢) قارن حكمى الاستئناف المختلط فى ١٠ مايو ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١٥٨ وفى ٢١ يناير ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٦٧

(٣) راجع مقالة الاستاذ سالم المحامى فى مجلة كلونية ١٥ سنة ١٨٨٨ ص ٤٨١ وارمانجون ص ٩٣ — ١٠١ وتستو فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٤ ص ٣٥٨

[١١١] (١) راجع تقرير المستشار القضائى للحكومة المصرية عن سنة ١٩٠١ ص ٩٦ — ٩٨ وأرمانجون ص ١٠١ — ١٠٧ والجازيت ٣ ص ٨٢ — ٨٤

(٢) س م ١١ ابريل ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢١٩ وكذلك ٢٥ يناير ١٩٠١ وايضا حكم محكمة مصر المختلطة بصفة استئنافية فى ١٨ مايو ١٩١٢ فى حق المرأة الفرنسية و١٣ مايو ١٩١٢ فى حق المرأة الايطالية (جازيت ٢ ص ١٦٢ و١٦٣)

(٣) س م ١٠ فبراير ١٩١٠ وهى قضية مدام زهراب ضد الحكومة المصرية روى فى الجازيت ٢ ص ٨٤ وحكم محكمة اسكندرية المدنية فى ١٣ يونيه ١٩١١ جازيت ١ ص ١٣٢ وقد كان فى حق امرأة فرنسية وأخيرا س م ٣٠ دسمبر ١٩١٤ جازيت ٥ ص ٥١ نمرة ١٢٠ الذى قرر اكتساب الجنسية العثمانية فى حق المرأة الاجنبية . وهذا هو الرأى الاخير للاستاذ ارمانجون ص ١٠٦ أما رأيه القديم فوارد فى مجلة القانون العام Revue de droit public سنة ١٩٠١ ص ٥٣٠ — ٥٤٣

الخصوص يقولون ان القانونين الفرنسى والايطالى ينصان صراحة على أن المرأة لا تفقد جنسيتها الاولى بالزواج الا اذا كان قانون الزوج يمنحها جنسيته ولكن يرد على هذا الرأى بأربع حجج : الاولى القياس على المادة السابعة فاذا كانت هذه تفترض أن المرأة العثمانية تكتسب جنسية زوجها الاجنبى فيجب أيضاً أن تكتسب المرأة الاجنبية جنسية زوجها العثمانى ، الثانية أن الشريعة الاسلامية تقضى بأن الاجنبية التى تتزوج من أحد الرعايا غير المسلمين تخضع بزواجها للسلطة الاسلامية ولم يغير قانون ١٨٦٩ من هذه الحال فوجب استمرارها وخضوع المرأة الاجنبية لجنسية زوجها العثمانى ؛ الحجة الثالثة أن المادة ٥٥ من قانون نظام القنصليات العثمانى الصادر بارادة شاهانية فى نفس السنة تقضى صراحة بذلك حيث تقول «بما أن المرأة الاجنبية التى تتزوج من عثمانى تدخل بطبيعة الحال فى الجنسية العثمانية ، فيجب أن تقيد فى القنصليات باعتبارها عثمانية » ؛ الحجة الرابعة تقضى بوجوب اتباع هذا الرأى نظراً لكونه متبعاً فى جميع بلاد العالم الاخرى حتى تكون القاعدة واحدة بالنسبة للجميع ونظراً لما ينجم عنه من الفوائد فى حفظ التضامن بين العائلة الواحدة اذ لو بقيت المرأة على جنسيتها الاجنبية لكان لها بها امتياز على أفراد عائلتها باعتبارها أجنبية وهذا ما لا يصح ولا يليق

زواج المصريين بالانجليزيات

١١٢ — وقد حصل شك كبير بخصوص زواج المصريين (المسلمين) بالانجليزيات هل ينقل اليهن الجنسية العثمانية المصرية ؟ قال المستشار القضائى للحكومة المصرية انه زواج يصح فيه تعدد الزوجات وهو زواج مشكوك فى صحته فى نظر القانون الانجليزى فهل تنتقل به الجنسية ؟ وهذه المشكلة ليست راجعة الى الجنسية بل هى راجعة الى الزواج وصحته ولذلك لا نتكلم عنها الا فى باب الزواج (بند ٣٧٢) فاذا صح الزواج انتقلت الجنسية طبقاً لما قدمنا واذا كان الزواج باطلا فلا تنتقل . ومع ذلك فقد نص قانون الجنسية البريطانية الجديد فى مادة ١٠ على أن المرأة البريطانية التى تتزوج من أجنبى تصبح أجنبية . ولم يقل تأخذ

جنسية زوجها والغرض من ذلك هو مراعاة بعض القوانين الاجنبية التي لا تمنح جنسيتها للزوجة فأراد القانون البريطاني أن يخرجها عن الجنسية البريطانية وهي وشأنها في الحصول على جنسية زوجها أو عدم حصولها عليها (١)

آثار تغيير الجنسية

١١٣ — وتتكلم المادة الثامنة على آثار تغيير الجنسية فتجعلها شخصية مقصورة على من تجنس بجنسية أخرى فلا تنتقل جنسيته الجديدة الى أولاده وليس من اجراءات خاصة ليسهل بها على الأولاد أن يتبعوا مثل والدهم فاذا كانوا كبارا صح لهم أن يطلبوا التجنس كما طلبه والدهم واذا كانوا صغارا استمروا في جنسيتهم الاصلية وبعد البلوغ يصح لهم ما يصح لكل بالغ

وتتلخص آثار التجنس في أنها تغيير يحصل في الاحوال الشخصية بالنسبة لمن تجنس بجنسية جديدة . وهذا يشمل في الشرق — عدا الحقوق والواجبات الشخصية والعائلية التي يطلق عليها لفظ الحالة الشخصية L'état (مادة ٤ مدني مختلط بند ٣٥٦) وعدا الشروط اللازمة لاستعمال الحقوق المختلفة المسماة « بالاهلية » — يشمل أيضاً الحقوق المدنية والعمومية المختلفة الناشئة عن الامتيازات الاجنبية والتي منها حق التقاضي أمام محاكم بلاده وبمقتضى قوانينها . فاذا تجنس عثماني بجنسية أجنبية بعد التصريح بذلك من حكومته فيكون له كل الحقوق التي يتمتع بها رعايا الحكومة التي اتخذ جنسيتها ؛ بمقتضى الامتيازات والمعاهدات (راجع بند ٧٨ فيما يتعلق بالغاء الامتيازات من تركيا)

أما اذا تجنس أجنبي بالجنسية العثمانية فيدخل « الدين » في الامر ويسوى الشخص في المعاملة فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ، بالرعايا العثمانيين ذوي الديانة التي هو عليها . ويعتبر تغيير الجنسية غير ذي أثر رجعي أي لا يستند الى أبعد من يوم التجنس وتبقى الحقوق المكتسبة من قبله محفوظة لا تتأثر به ومع ذلك فان في تطبيق هذه النقطة صعوبات جمة فيما يتعلق بقواعد الاختصاص أمام المحاكم

---

[١١٢] (١) دايسي ص ١٩٧ و ١٩٨ والمفروض في هذا صحة الزواج بالضرورة

فى تركيا ومصر حيث تتوقف فى أغلب الاحيان معرفة القانون الذى يعمل به على معرفة المحكمة المختصة [1] وسوف ترد دراسة هذا الموضوع فى الكتاب الرابع

المبحث الثانى : أهمية الجنسية من الوجهة العملية فى مصر

١١٤ — للجنسية أهمية عملية كبرى فى مصر اذ يتوقف عليها فى كثير من الاحوال معرفة المحكمة المختصة كما يتوقف عليها معرفة القانون الذى يطبق على القضية

فالمحاكم الشرعية لا تفصل فى قضايا الاجانب ولو كانوا مسلمين وذلك نظراً لعدم امكان تنفيذ أحكامها على الاجانب ؛ كذلك المحاكم الاهلية لا تفصل فى قضايا الاجانب وان كان هناك خلاف فيما يتعلق بالاجانب التابعين لدول أجنبية لم توقع على اتفاق المحاكم المختلطة (المرافعات بند ١٢٥ و ٢٧٧)

وفيما يتعلق باختصاص المحاكم المختلطة يرجع الى نص المادة التاسعة من لائحة ترتيبها وهى تقول : تختص هذه المحاكم دون غيرها بالفصل فى المنازعات المدنية والتجارية بين الوطنيين والاجانب وبين الاجانب مختلفى الجنسية فى غير مسائل الاحوال الشخصية وتختص فى الدعاوى العينية العقارية بين الوطنيين والاجانب وبين الاجانب متحدى الجنسية أو مختلفيها — والمادة ٦ من القسم الثانى من لائحة الترتيب وهى تنص على ما يأتى : تختص المحاكم المختلطة بمحاكمة الاجانب عن مخالفات البوليس — والمادة ١٣ من القانون المدنى المختلط حيث تنص على انه تجوز اقامة الدعوى على كل من رعايا الحكومة بالمحاكم المحلية ولو كان العقد حاصلا فى البلاد الاجنبية ؛ وتنص المادة ١٤ منه على ما يأتى : تكون المحاكم المذكورة مختصة أيضاً بالنظر والحكم فى القضايا المقامة على الاجانب الموجودين بالاقطار المصرية ؛

---

[١١٣] (١) راجع أرمانچون ص ١٠٧

أما الاجانب الذين خرجوا من تلك الاقطار فلا تقام الدعاوى عليهم أمام المحاكم المذكورة الا فى الاحوال الآتية : أولا اذا كانت متعلقة بتعهدات ناشئة عن أعيان موجودة بالاقطار المصرية سواء كانت منقولة أو ثابتة ، ثانياً اذا كانت متعلقة بتعهدات ناشئة عن عقود حاصلة بالاقطار المذكورة أو واجبة التنفيذ فيها أو عن أعمال وقعت فى تلك الاقطار — وفيما يتعلق بالقانون الذى يطبق والذى يختلف باختلاف الجنسية يرجع الى المادة ٤ من القانون المدنى المختلط التى تنص بطريقة غير مباشرة على القانون الذى يعمل به وان كان ظاهرها يتعلق بالاختصاص وحده وهاك نصها : المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية والأهلية للتصرف والمتعلقة بالزواج وبالحقوق الآيلة بالارث أو الوصية والمتعلقة بالوصاية تبقى من خصائص القاضى المنوط بالحكم فى الاحوال الشخصية ؛ ومتى رفعت مسئلة من هذا القبيل فى أثناء النظر فى قضية أصلية ورأت المحكمة لزوم الحكم فى تلك المسألة مقدماً وجب عليها تأخير الحكم فى القضية الاصلية وتحديد ميعاد للخصم الذى اقيمت عليه هذه المسألة لاستحصاله على حكم نهائى من القاضى المنوط بذلك فان لم تر المحكمة لزوم الحكم فى المسألة المذكورة مقدماً يصرف النظر عنها ويحكم فى الموضوع

كذلك تنص المادة ٧٧ على أن يكون الحكم فى المواريث على حسب شرائع الأمة التابع لها المتوفى أما حق الارث فى منفعة الاموال الموقوفة أو فى منفعة الاراضى الخراجية فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية La loi locale

والمادة ٧٨ تقول : وتراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وصيغتها الاحكام المقررة لذلك فى شريعة الامة التابع لها الموصى . أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الاموال الثابتة وردها لمستحقيها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حدّ النصاب أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه ولا بحقوق

الدائنين له برهنها اذا كان التمليك أو الرهن حصل اليهم وهم معتقدون صحة ملكيته وتصرفه

والمادة ١٩٠ مدنى مختلط ، حيث تنص على أن الحكم فى الاهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى شريعة الامة التابع لها العاقد

والمادة ١٠ من القانون التجارى المختلط ، حيث تقول : يجوز لمن بلغ سنه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة واما من بلغ سنه ثمان عشرة سنة فلا يجوز له أن يتجر الا بالشروط المقررة فى قانون أحواله الشخصية إن عده قاصراً واما ان اعتبره راشداً فلا يتجر الا بأذن من محكمة التجارة

والمادة ٤٧ من القانون التجارى المختلط ، حيث تقول : جميع شركات الاسهم التى يحصل تأسيسها بالقطر المصرى يجب أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الاصلى بالقطر المصرى

تلك أهمية الجنسية فى القانون المصرى ولذلك كان من الواجب معرفة القواعد التى تثبت بها الجنسية فى مصر والسلطات المختصة بالفصل فيها وهو ما سنراه فى المبحث الآتى[1]

المبحث الثالث : اثبات الجنسية

١١٥ — اثبات الجنسية من المواضيع المحفوفة بالمصاعب . وهو فى تركيا من المسائل الموكولة الى الادارة أو السلطة الادارية ، تتولى الحكم فيها بمفردها أى دون المحاكم القضائية ؛ وهو من اختصاص لجنة خاصة تجلس فى وزارة الخارجية وفى الولايات من اختصاص لجان محلية خاصة و يشمل اختصاص اللجان المذكورة الحكم نهائياً فى جنسية الاشخاص المفروض فيهم أنهم عثمانيون اذا ما ادعوا في تركيا

[١١٤] (١) ملحوظة هامة : المواد المتقدمة تكاد تكون جميع المواد المهمة المتعلقة بالقانون الدولى الخاص فى مصر ولذلك يجب على الطالب أن يعلقها فى ذهنه ويتفهمها فهما جيداً لانها الاساس الذى يشاد عليه أهم ما يتعلق بالقانون الدولى الخاص عندنا من الاحكام

أنهم تابعون لجنسيات أخرى أو تحميهم دول أخرى[1] و يسرى حكم اللجان أمام جميع السلطات والمحاكم فى الامبراطورية العثمانية

١١٥ — أما فى مصر فان الأمر موكول الى القضاء أى الى المحاكم القضائية تفصل فيه باعتباره مسائل أولية يجب البت فيها قبل الحكم فى مواضيع الدعاوى المختلفة وهذه الطريقة خير من الطريقة الادارية حيث قد تتحكم الاميال السياسية أو الوسائط والمصالح المادية ومع ذلك فان للفصل فى موضوع الجنسية على حدة ومستقلا عن القضايا المعتادة فائدة كبرى وهى أن يصدر حكم مستقل واحد فى الجنسية المتنازع فيها فيعمل به أمام جميع السلطات والمحاكم وفى كل القضايا فتصبح الجنسية مثبتة ومعلومة ولا يصيب الناس ضرر من اختلاف الحكم بحسب المحاكم والقضايا كما سنراه فى البنود التالية . وفوق ذلك فانه من المستحسن أن يكون البت فى مسائل الجنسية عندما تكون الجنسية المصرية أو العثمانية احدى الجنسيات المتنازع فيها ، فى أرض الدولة المصرية أو العثمانية ، بواسطة السلطات الوطنية العليا التى تتخصص لهذا العمل وتراعى تطبيق القانون بما هو فى مصلحة الدولة من الوجهتين السياسية والاجتماعية — ولكنه ليس كذلك فى مصر فى مصر

ويفهم مما ذكرنا أن أمر الجنسية فى مصر لا يمكن البت فيه منفصلا عن القضاء فى نزاع معين ترفع به الدعوى أمام المحاكم القضائية وهذا نقص فى التشريع لأنه قد تختلف الاحكام بحسب اختلاف المحاكم بل وفى القضايا المختلفة التى تنظر أمام محكمة واحدة فى أوقات مختلفة لان مسألة الجنسية تنظر فى كل قضية يرفع النزاع بخصوصها فينتج عن ذلك احتمال صدور احكام متناقضة فى مسألة اساسية فى منتهى الاهمية وهى مسألة « الحالة الشخصية » للانسان و بعكس ما اذا كانت هناك سلطة ادارية مختصة بالفصل فى هذا الموضوع باعتباره مستقلا بنفسه فان حكمها يكون واجب الاتباع فى كل الاحوال و ينتج عنه الطمأنينة عند الجميع. واذا

[١١٥] (١) راجع الفرق بين الحماية والجنسية فى بند ٢٠٣ ،،

خشى الشارع ان يكل الامر الى السلطة الادارية فيمكنه ان يكله بنص خاص واجراءات خاصة الى المحاكم القضائية التى يختارها لذلك وينص على أن حكمها يكون واجب الاحترام فى كل الاحوال وأمام جميع السلطات العاملة فى القطر

ومسائل اثبات الجنسية قد تعرض فى مصر امام أية محكمة من المحاكم المتنوعة الموكول اليها الحكم فى مختلف القضايا، ومن هذه المحاكم ما يحكم فى تلك المسائل ومنها ما لا يستطيع الحكم فيها فيلتجىء الى وزارة الحقانية لتجيبه عن السؤال الذى يطرحه عليها، وتلتجىء هى الاخرى الى وزارة الخارجية وهذه تلتجىء الى الابحاث الادارية والقنصلية قبل أن تكون رأيها

فالمحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية تقضى فى مسائل الجنسية تبعاً للقضاء فيما يدخل فى اختصاصها متى توقف الحكم على معرفة الجنسية . أما المحاكم الشرعية فانها تلتجىء فى اشكالات الجنسية الى وزارة الحقانية كما تقدم والمحاكم القنصلية والمختلطة والاهلية تفصل فى مسائل الجنسية ويظهر أن البطركخانات تتبع أيضاً طريق وزارة الحقانية أو طريق وزارة الداخلية

في المحاكم المختلطة

١١٦ — اثبات الجنسية امام المحاكم المختلطة : جرى العمل على تصديق المتقاضين مبدئياً فيما يتخذون لانفسهم أو فيما يصفهم به خصومهم من الجنسيات أمام القضاء ما دام النزاع لم يرفع من أحد الخصوم بخصوص جنسيته أو جنسية خصمه . فالجنسية الظاهرة المنتحلة أو المنسوبة الى الشخص تعتبر الجنسية الحقيقية بالنسبة للقضية المطروحة أمام المحكمة الا أن يقوم النزاع بخصوصها وينبنى على هذا الاعتبار أن قد تفصل المحكمة فى قضية لم تكن مختصة بالحكم فيها اذا ما كانت الجنسية الظاهرة مخالفة للجنسية الحقيقية؛ والمحاكم لا تهتم غالباً بالحقيقة لانه اذا كان ذلك واجباً عليها فانها تضطر الى تحقيقات طويلة فى كل قضية وتتعطل مصالح العباد باثبات الجنسيات مقدماً من قبل الفصل فى القضايا . ولذلك لا يلتفت الى اثبات الجنسية الا حين يرفع النزاع بخصوصها وحينئذ يجب الاثبات على من

تكون له مصلحة فى اثبات جنسية معينة لنفسه أو لخصمه . فاذا دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص لكونه على جنسية غير التى وصفه بها المدعى ، أو لكون المدعى من جنسية المدعى عليه فيجب الاثبات على المدعى لان دعواه لا تنظر امام المحاكم المختلطة الا عند اختلاف الجنسية فيجب عليه اثبات اختلاف الجنسية متى قام النزاع بخصوص ذلك [١]

وقد حكم تطبيقاً لهذا المبدأ ، ولأن المحاكم المختلطة لا تختص على العموم بالنسبة للاهالى الا اذا كان الخصم أجنبياً ، بأن الاصل أنه يجب على المصرى الذى رفع الدعوى أمامها أن يثبت أن خصمه أجنبى [٢] ومع ذلك فان هذا الاصل لا يعمل به اذا ما قرر الخصم فى العقد الذى حرر لمصلحة المصرى و رُفع بشأنه النزاع الى القضاء ، بأنه ذو جنسية أجنبية ، فهذا الاقرار يعكس الآية و ينقل عبء الاثبات الى عاتق الخصم الذى يجب عليه حينئذ ، ليخرج من اختصاص المحاكم المختلطة ، أن يثبت أنه من رعايا الحكومة المحلية [٣]

ومن البديهى أنه لا يكلف الخصم بالاثبات كلما حاول خصمه انكار الجنسية المنسوبة اليه أو الى خصمه وذلك لانه لا بد من قيام النزاع حقيقة على الجنسية ولا يقوم النزاع ولا تعتبر الاحالة على التحقيق واجبة الا اذا جاء المعترض بأوجه أولية يؤيد بها ما يدعيه ، فتلقى تلك الاوجه الشك فى ذهن القاضى وتوجب عليه الاحالة على التحقيق ليثبت الخصم عكس ما يدعيه خصمه فاذا لم يبد المعترض أى وجه يشكك به القاضى فانه لا يلتفت الى الاعتراض ولا يضطر الى الاحالة على التحقيق لاثبات الجنسية المعترض عليها [٤] بل يعتبر الجنسية الظاهرة هى

---

[١١٦] (١) س م ١٧ مايو ١٨٧٦ مج ر م ١ ص ٧٦ حيث قضى بانه اذا أنكر المدعى عليه اختلاف الجنسية فيجب على المدعى الاثبات لان قبول قضيته يتوقف على اثبات ذلك

(٢) س م ٥ نوفبر ١٩١٩ جازيت ١٠ ص ٢٤ نمرة ٢٧

(٣) الحكم السابق

(٤) س م ١٣ يونيه ١٨٧٨ مج ر م ٣ ص ٢٨٩ وراجع فى شروط الاحالة على التحقيق كتابنا فى المرافعات بند ٨٢٢

الجنسية الحقيقية ما دام أنه لم يوجد من الوجوه ما يدعو الى مخالفة الظاهر أو اجازة اثبات مخالفته

اغفال المادة التاسعة

وهنا يصح الاعتراض على المحاكم المختلطة بأنها لا تقيم وزناً لنص المادة التاسعة من القانون العثمانى التى تقضى باعتبار كل شخص مقيم فى الديار العثمانية أنه عثمانى ومعاملته كذلك الى أن يثبت أنه أجنبى وكان يجب على المحاكم المختلطة معاملة كل شخص ينازع فى جنسيته أنه من رعايا الحكومة المحلية الى أن يثبت العكس ؛ ومع ذلك فهى لم تلتفت الى نص المادة التاسعة المذكورة نظراً لاعتبارات عملية هامة وهى المساواة التامة بين الاجانب والعثمانيين فى الديار العثمانية فيما يتعلق باثبات الجنسية وتقليل شأن سلطة الدولة العثمانية على السكان الموجودين فى الديار العثمانية وهذا يكاد يكون طبيعيا من محاكم تشكل من أغلبية أجنبية فى بلاد شرقية يراد استمرار الامتيازات الاجنبية فيها أبد الدهر وتنميتها كلما فرطت الحكومة المحلية فى حقوقها ولم تتمسك بكامل سلطتها فوق أرضها (قارن بند ١٥٨) — هذا وقد اعتبرت المحاكم المختلطة أن الحالة الظاهرة فى مادة الجنسية La possession d'état en matière de nationalité هى حالة يجب احترامها متى كانت غير متنازع فيها حتى ولو شطبت من سجلات احدى القنصليات أسماء عائلة من العائلات التى كانت مسجلة بها ، وقررت المحاكم ان هذا الشطب لا يعتبر ذا اثر رجعى ولا يعمل به الا من يومه (٥) وعلى الخصوص بعد الوفاة يجب احترام الجنسية التى كان يتمتع بها الميت بدون نزاع ، وعدم قبول اثبات ما يخالفها من اجل الحصول على جزء فى تركة الميت (٦)

---

(٥) راجع س م ٥ فبراير ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٧٩ نمرة ١٩٣

(٦) راجع حكم اسكندرية المدنية المختلطة فى ١٦ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٠ نمرة ٣٣٨ وقد استند على أحكام عديدة من الاستئناف وفسر المراد منها وقد بنى الطعن فى جنسية الميت على كونه لم يحصل على تصريح سابق من الحكومة العثمانية ولكن المحكمة قررت عدم امكان البحث فى ذلك لانه عاش طول حياته بدون أن ينازعه فى جنسيته الاسپانيولية

بحث عملى

١١٧ — كيفية الاثبات والحكم فى الجنسية : لا شك أن خير الطرق العملية لاثبات الجنسية أو لنفيها هو استخراج الشهادات المثبتة أو النافية لها من القنصليات الاجنبية فى مصر أو من السلطة المحلية أى وزارة الخارجية المصرية لذلك رأينا المحاكم تأخذ بتلك الشهادات وتعتبرها مقررة للحقيقة وتكتفى بها عن وجوب اثبات الوقائع المتعددة التى قد يقتضيها اثبات جنسية معينة أو نفى تلك الجنسية فالشهادات يعمل بها وتعتبر اثباتاً كافيا (١) اللهم الا اذا كان هناك شهادتان متناقضتان صادرتان من قنصلية واحدة فلا يعمل باحداهما دفعاً للتناقض (٢) أو كانت الشهادة مقدمة من قنصلية أجنبية لمصلحة شخص كان من رعايا الحكومة المحلية فلا تكفى الشهادة حتى يثبت أنه حصل على تصريح من الحكومة العثمانية أوالمصرية لتغيير جنسيته طبقاً للقانون العثمانى (٣)

أما اذا قدم الخصوم شهادتين أو أكثر من قنصليتين مختلفتين أو أكثر أو من السلطة المحليـة وكان بعضها مخالفاً لما جاء فى البعض الآخر وكان كل منها مؤكداً تبعية الشخص للقنصلية أو السلطة التى صدرت منهـا الشهادة فان الحالة تصبح دقيقة جداً وقد تغير قضاء المحاكم المختلطة فى هذه النقطة تغيراً لمصلحة

أى منازع بل الحكومة نفسها اعتبرته دائماً أجنبياً وقد كان حاصلا على الحماية الاسپانيولية قبل قانون ١٨٦٣ (بند ٢٠٩ و٢١٠) فاحترمت المحكمة حالته لان الخصوم يريدون الحصول على الميراث باثبات كونه رعية . ومع ذلك ففى قضية أخرى كان ثابتاً أن الشخص من أصحاب الحمايات المؤقتة مع بقائه عثمانياً ونص فى الفرمان الذى عينه قنصلا فى مصر على زوال حمايته بزوال وظيفته (بند ٢١١) وكان ثابتاً أيضاً حصوله على الجنسية البرتغالية ولكن لم يثبت أنه حصل على تصريح بتغيير الجنسية فلم تقبل المحكمة فكرة احترام الحالة الظاهرة نظراً لكونها منقوضة بفرمان الحماية ولكون الشخص لم يكن معتبرا أجنبياً ولا هو قد سلك دائماً سلوك (الاجانب المنصورة ٧ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠١ نمرة ٣٣٩)

[١١٧] (١) س م ١١ يونيه ١٨٩٠ مج ت م ٢ ص ١٨٠ وس م ٢٦ مارس ١٨٩٦ مج ت م ٨ ص ١٨٠

(٢) س م ١٢ مارس ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٩٧ نمرة ١٩٢

(٣) راجع بند ١٠٩ و س م ٢٩ يناير ١٨٩٦ مج ت م٨ ص ١٠٠ ومحكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٢٦ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٦ نمرة ٤٢٧

نظرية النزاع السياسي والايقاف

الخصوم ولمصلحة العدالة فقد كانت المحاكم فى أول الامر تعتبر أن هناك نزاعاً سياسيا Conflit diplomatique على الجنسية المختلف عليها منشأه ادعاء كل من حكومتين أو أكثر بأن الشخص تابع الى جنسيتها وان هذا النزاع لا يزول الا باتفاق الحكومات المختلفة ولذلك كانت المحاكم توقف النظر فى القضية وتكلف الخصوم بالسعى لدى الحكومات المختصة حتى تتفق على الجنسية المتنازع فيها وقد صدرت أحكام عديدة بهذا المعنى[٤]

التطور فى الاحكام ووجوب الحكم

١١٨ — ثم تبين بعد ذلك للمحاكم أنه من المحتمل جداً عدم امكان اتفاق الحكومات المختلفة على الجنسية المتنازع فيها وان السكوت على هذه الحالة يكاد يعتبر، فى حكم العدالة، سكوتاً عن الحق اذا ما استمر النزاع واستمرت القضية موقوفة معه لذلك بدا للمحاكم أن تفصل هى بنفسها فى موضوع النزاع فتقرر جنسية الخصم لتحكم بعد ذلك فى موضوع الدعوى أو فى اختصاصها بها ومع ذلك فهى لا تعتبر حكمها فى نقطة الجنسية حكماً فاصلا بصفة نهائية ومطلقة وانما تقرر أن حكمها فى مسألة الجنسية ليس الا تمهيداً ضرورياً للفصل فى الموضوع المطروح أمامها فقط ولا يكون له حجة الشىء المحكوم فيه نهائياً لا بالنسبة لغير الخصوم ولا بالنسبة للخصوم أنفسهم فى قضية أخرى وقد بنت المحاكم حكمها هذا على أنه ليس من نص قانونى يمنع المحاكم المختلطة فى المواد المدنية من أن تفصل فى أمر اختصاصها حتى لو تعلق ذلك بجنسية الخصوم فى القضية . فاذا ما رفعت اليها قضية خاصة بحقوق الافراد فلا تستطيع أن تمتنع عن البحث، بصفة تبعية أو قبل الدخول فى الموضوع، فى مسألة جنسية متنازع فيها ولا تجبر على الانتظار حتى تحل تلك المسألة بالطرق السياسية لأنه من المحتمل جداً أنها

---

(٤) مثلا س م ٢٥ ابريل ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢٣٥ و س م ٢٠ يناير ١٨٩٨ مج ت م ١٠ ص ١٠٥

لا تحل وتكون المحاكم قد سكتت عن الحق فلم تحكم به ؛ وظاهر أن المحاكم بفصلها فى مسألة الجنسية هذه لا تتعرض مطلقاً لحل نزاع سياسى أو للفصل فيه ولكنها تقتصر على الحكم فى أمر اختصاصها من عدمه فى القضية المطروحة أمامها والحكم فى الاختصاص هو وحده الذى يحوز قوة الشيء المحكوم فيه نهائياً[١]

هل الجنسية من الاحوال الشخصية ؟

١١٩ — ولقد ذهب بعض الاحكام الى اعتبار الجنسية من مسائل الاحوال الشخصية الممنوع نظرها أمام المحاكم المختلطة طبقاً للمادة ٤ مدنى مختلط[١] ولكن هذا الرأى لم يتبع وقد حكمت بعكسه المحاكم المذكورة حيث قررت أنها ليست مكلفة بالايقاف الا اذا تراءى لها ضرورة طلب البت مقدماً فى مسألة من مسائل الاحوال الشخصية الواردة فى المادة ٤ المذكورة وهى مسائل تتعلق كلها بالحقوق الخاصة . أما النزاع على الجنسية فهو خارج عن حكم المادة الرابعة اذ هذه تفترض أن مسألة الجنسية خالية عن النزاع أو مفروغ منها مقدماً[٢]

الجنسية والاحوال الشخصية

١٢٠ — فمسائل الجنسية ليست اذاً من مسائل الاحوال الشخصية التى يجب فيها الايقاف والحكم من محكمة الاحوال الشخصية طبقاً للمادة ٤ المذكورة

---

[١١٨] (١) س م ١٧ ديسمبر ١٩٠٢ مج ت م ١٥ ص ٦٨ — كذلك قد حكم بأنه فى حالة حصول الايقاف ريثما يفصل فى جنسية متنازع فيها بين الحكومة المصرية وحكومة أجنبية وعدم الوصول الى حل النزاع المذكور وعدم وجود ما يحمل على الاعتقاد بجواز الوصول الى حل ، فان المحاكم المختلطة ترى نفسها مضطرة للفصل فى مسألة الجنسية من وجهة اختصاصها وحده وضمن حدود القضية المعينة المطروحة أمامها . س م ٢٠ يناير ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ١٠٢ وشرحه س م ٢٨ يناير ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ١١٥ وس م ٢٧ مايو ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٥٩

[١١٩] (١) س م ٧ ديسمبر ١٨٧٦ مج ر م ٢ ص ٣٩ ويرى ڤاليرى (ص ٣٠٦) هذا الرأى حيث يقول ان الجنسية هى من مسائل الاحوال الشخصية question d'état ويستشهد بجارسونيه فى الموضوع (٢ § ٤٤٥ طبعة ثانية) ولكن من يرجع الى احصاء جارسونيه يجده خالياً عن ذكر الجنسية بين مسائل الاحوال الشخصية وراجع أيضاً فى تفنيد الفكرة ، أرمانچون ص١٥٢

(٢) س م ٢٨ يناير ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ١١٥

ومع ذلك فاذا عرضت مسألة من مسائل الاحوال الشخصية أمام المحاكم المختلطة ورأت هذه وجوب الايقاف حتى يبت فيها من السلطة الشخصية المختصة فانه يكون من اختصاص هذه السلطة الشخصية (قنصلية أو محكمة شرعية مثلا) أن تفصل فى المسألة الشخصية ويكون لها تبعاً لذلك أن تفصل فى مسألة الجنسية توطئة للحكم فى الموضوع الاصلى وهو المسألة الشخصية المسلم باختصاصها فيها وهذا ما حصل فى قضية عبد الحليم الكابلى الوارد أمرها فى بند ١٢٣

عدم لزوم الايقاف الآن

١٣١ — على أن المحاكم المختلطة ليست ملزمة بالايقاف فى مسائل الجنسية حتى ولو عرض أحد الخصوم أن يرفع أمرها الى قاضى الاحوال الشخصية ولا هى ملزمة باحترام حكمه فى هذه النقطة لأن القاضى المذكور لا يختص بالنظر فى الجنسية الا بصفة فرعية توطئة للحكم فيما هو من اختصاصه . لذلك قررت محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ وللمبادئ المتقدمة أن قاضى الامور المستعجلة يختص كما يختص قاضى الموضوع تماماً ، بنظر مسألة الجنسية لا ليحكم فيها بصفة مطلقة ولكن ليفصل فيها فقط من وجهة اختصاصه فى القضية المطروحة أمامه ولا يؤثر القرار الذى يتخذه فى نقطة الجنسية الا من حيث اختصاصه فى القضية المذكورة دون غيرها ؛ وذهبت الى أن اتفاق الحكومة المصرية مع حكومة أجنبية فى الحكم سياسياً على جنسية شخص من رعايا الحكومة المحلية وان كان يعتبر قرينة قوية جداً على صحة هذه الجنسية الا أنه لا يعفى المحاكم المختلطة من البحث فى هذه النقطة[1] وأن عزم أحد الخصوم على رفع النزاع المتعلق بالجنسية الى محكمة أجنبية من محاكم الاحوال الشخصية أو رفعه بالفعل اليها لا يصح سبباً لايقاف القضية أمام المحاكم المختلطة وذلك لأن القرار الذى تصدره المحكمة الاجنبية لا يمكن أن يلزم المحاكم المذكورة بالعدول عن الفصل فيما هو من اختصاصها[2]

---

[١٢١] (١) خشية ان يقع مثل ما حصل فى قضية الكابلى ، بند ١٢٣
(٢) س م ٢٥ فبراير ١٩١٤ جازيت ٤ ص ٨٦ نمرة ٢١٣

قضية خاصة

١٢٢ — كذلك قررت المحاكم المختلطة أن مجرد اقرار الحكومة المصرية بأن تركة من التركات تعتبر فارسية Persane لا يكفى من أجل الحصول من المحاكم المختلطة على تنفيذ الاوامر الادارية القنصلية فيما يتعلق بالتركة اذا كانت الاموال فى أيدى مصريين أو أجانب آخرين منازعين فى جنسية التركة وقد حكمت المحاكم المختلطة بتعيين حارس قضائى فى هذه الحالة بعد ان قررت عدم اختصاصها فى تقدير ما اذا كانت الحكومة محقة أو غير محقة فى الامتناع عن المساعدة لتنفيذ أمر قنصلى صادر بخصوص الاستيلاء على التركة اذا كان واضعوا اليد من الاهالى أو الاجانب . وفى الحكم بحث فى اختصاص القنصليات فى التركات وفى المعاهدة التى أمضيت فى ديسمبر سنة ١٨٧٥ وحصلت بها دولة الفرس على الامتيازات فى الدولة العثمانية (١)

قضية الكابلى

١٢٣ — هذا ومن القضايا المهمة التى أدى الاعتماد على الشهادات وحدها فيها الى نتائج وخيمة العاقبة قضية متعلقة بتركة شخص يدعى عبد الكريم الكابلى توفى سنة ١٨٨٩ وترك وصية مؤرخة فى سنة ١٨٧٣ يوصى بها لولد و بنت له (درويش عبد الكريم ولطيفه) بثروته الطائلة وظهر بعد ذلك بقليل شخصان يدعيان الاستحقاق فى تركته وهما امونه أرملته وآخر يدعى عبد الحليم الكابلى ابنه من زوجة مطلقة تدعى زينب الخضرى ولدته بعد الوصية وأنكر أفراد هذه العائلة بنوته وكلهم من رعايا دولة بريطانيا . عمدت زينب أم عبد الحليم والوصية عليه الى حيلة تجعل النزاع من اختصاص المحاكم المختلطة فتنازلت فى سنة ١٨٩٣ الى شخص اسمه زينوب جرمير من غير رعايا بريطانيا عن بعض حقوق ولدها فى التركة فرفع هذا الشخص دعوى الى المحاكم المختلطة ضد بعض من آلت التركة اليهم فأصدرت محكمة مصر فى مايو سنة ١٨٩٤ حكماً تأيد فى الاستئناف بايقاف النظر فى الدعوى الى أن يعين قاضى الاحوال الشخصية من ينحصر الارث فيهم . بعد ذلك رفعت

---

[١٢٢] (١) راجع س م ١٠ مارس ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٦٧ نمرة ٣٣٩

زينب امام المحكمة القنصلية البريطانية دعوى طلبت فيها الحكم بأن ولدها ابن شرعى للمتوفى و ببطلان الوصية طبقاً للاعلام الشرعى الصادر فى ٢٢ أغسطس سنة ١٨٩٢ من محكمة مصر الشرعية الكبرى ثم تحرر عقد صلح فى ٢٨ ديسمبر ١٨٩٧ وتصدق عليه من المحكمة العليا للقنصلية البريطانية بالاستانة رضيت فيه زينب بصفتها وصية على ولدها عبد الحليم كما رضيت أمونه أرملة المتوفى بالتنازل عن دعواهما على شروط معلومة . فى سنة ١٨٩٨ رفع جرمير من جديد دعوى امام محكمة مصر المختلطة لأنه لم يكن داخلا فى عقد الصلح ولو أنه علم به فرفضت فاستأنف الحكم فحكمت محكمة الاستئناف بتكليفه باثبات استحقاقه امام محكمة القنصلية البريطانية فرفضت هذه المحكمة دعواه لانها اعتبرته ملزماً بعقد الصلح بسبب علمه به فرفضت محكمة الاستئناف الدعوى التى كانت مرفوعة امامها

دخلت المسألة بعد ذلك فى طور جديد بتقديم عبد الحليم طلباً لادراجه فى سجل الرعايا البريطانيين الموجود بالقنصلية وانتهى الأمر بقبول هذا الطلب فبعث وزير خارجية انجلترا الى اللورد كرومر كتاباً فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ يأذن فيه بادراج اسمه فى السجل وتحصل عبد الحليم من القنصلية فى سنة ١٩٠٧ أى بعد قيد اسمه فى السجل بثلاث سنين على صورة من خطاب وزارة الخارجية المعترف فيه برعويته لدولة بريطانيا و ببنوته الشرعية لعبد الكريم الكابلى من زوجته زينب . فحكمت اخيراً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ يناير ١٩١١ باستحقاق عبد الحليم لحصة فى تركة عبد الكريم الكابلى اسوة بباقى الورثة لأنه يؤخذ من كتاب وزارة الخارجية انه ولد شرعى له ، وعليه امرت محكمة الاستئناف بتقويم اعيان التركة من ثابت ومنقول و بتقديم الحساب ؛ على اثر صدور هذا القرار اسرع باقى الورثة برفع الامر الى المحكمة القنصلية البريطانية وطلبوا منها الحكم بعدم استحقاق عبد الحليم فى التركة و بمنعه من المطالبة بشىء لا مباشرة ولا بواسطة أى محكمة . فقضت المحكمة القنصلية فى ٣٠ دسمبر ١٩١١ بعدم

استحقاق عبد الحليم فى تركة الموصى وحفظت للمدعين الحق فى استصدار أمر المنع اذا كانت تصرفات المدعى عليه تستدعى ذلك فيما بعد . وقد جاء فى الحكم القنصلى استنكار للخطة التى اتبعتها المحاكم المختلطة باعتمادها على رأى وزير خارجية انجلترا واعتباره تصريحاً ذا قيمة كأنه صادر من سلطة قضائية حيث قالت بأنه « قرار صادر من أعلى سلطة » ووصفته بأن « فى عبارته من الصراحة ما لا يصح للمحكمة معه البحث فيما بنى عليه من الاسانيد نظراً لمركز السلطة التى أصدرته » مع أنه من الوجهة القانونية ليس له قيمة مطلقاً فان ادراج شخص فى سجل الرعايا البريطانيين يحصل بناء على طلب من صاحب الشأن مقرون بأدلة يؤخذ من البحث السطحى فيها أن الطالب محق فى طلبه وليس لهذا الادراج تأثير فى حقوق صاحبه قبل الغير كما انه لا قوة لرأى وزير الخارجية وأوامره فى الفصل فى مثل هذه المسائل ولا يمكن أن يكون ذلك واذا عرض من المسائل ما يتعلق بالنسب أو بالارث فانما يكون الفصل فيه بالطريق القضائى بقضية تحكم فيها محاكم جلالة ملك الانجليز التى انشئت بمقتضى قانون المحاكم القنصلية البريطانية بالممالك العثمانية(١) طرح النزاع ثانية أمام المحاكم المختلطة فى سنة ١٩١٢ فانه بعد أن قدم الحساب الذى امرت به هذه المحاكم فى سنة ١٩٠٩ طلب المدعى الحكم على باقى الورثة بأن يدفعوا قسطاً من نصيب عبد الحليم وقدره ثلاثون الف جنيه مستنداً فى ذلك على الحساب المقدم فأصبحت محكمة الاستئناف المختلطة حينذاك فى مأزق لأنها لم تستطع غض النظر عن الحكم الاخير الصادر من المحكمة القنصلية والقاضى بعدم استحقاق عبد الحليم فى تركة المتوفى . ومن جهة ثانية كان الحكم الذى أصدرته المحكمة المختلطة فى سنة ١٩٠٩ مناقضاً لحكم القنصلية كل التناقض . ولو أنها اعترفت بأنها أخطأت فى تقدير قيمة الكتاب الوارد من وزارة الخارجية فان

---

[١٢٣] (١) راجع باقى تعليق المحكمة القنصلية واحتجاجها على المحاكم المختلطة بشأن الفصل فى مسألة الاحوال الشخصية ، فى تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩١١ ص ١٩ — ٢١

ما قررته فى حكمها أصبح حائزاً لقوة الاحكام النهائية ولا سبيل لفتح باب المناقشة فيه من جديد ومع ذلك فانها توصلت الى استنباط حل للمشكلة دل على حذقها فأخذت بحكم القنصلية من دون أن تمس كرامة المحاكم المختلطة وذلك بأن قضت برفض طلب المدعى بناء على ان حكمها السابق قرر استحقاق عبد الحليم لنصيب فى التركة فقط بدون ان يعين مقدار ذلك النصيب ولا يمكن تنفيذ ذلك الحكم الا بعد معرفة قيمة ذلك النصيب من طريق المحكمة القنصلية و بناءً على أن ذلك الحكم استثنى صراحة مسألة مقدار النصيب وهو ما يجعل هذه المسألة غير مقضى فيها نهائياً وعلى ان المحكمة القنصلية حكمت بعد ذلك بعدم استحقاق عبد الحليم لشىء ما فى التركة فلم يبق محل لما أمرت به المحكمة المختلطة فى حكمها السابق[٢]

وسبب هذا الخلاف وذلك المأزق هو الاعتماد على شهادة الجنسية واعتبار ما فيها صحيحاً من الوجهة القضائية وهو ما تبين عدم صحته

اللجنة الخاصة بالرعوية المحلية

١٢٤ — ويلاحظ أخيراً أن الحكومة المصرية قد تعاهدت مع الحكومة اليونانية فى سنتى ١٨٩٠ و١٩٠٣ على انشاء لجنة خاصة Commission spéciale de l' Indigénat للبت فى جنسية الرعايا العثمانيين الذين كانوا من أصل يونانى وهى لجنة ادارية ومع ذلك فقد حكمت المحاكم المختلطة بأن قراراتها تعتبر نهائية ولا ينازع فيها لاى سبب من الاسباب[١] كذلك يجب عدم اغفال المعاهدة الجديدة التى أمضتها الحكومتان المذكورتان ونشرت فى الوقائع الرسمية عدد ١٧ أكتوبر ١٩١٨ فى النسخة الفرنسية فقط[٢]

---

(٢) راجع تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩١٢ ص ١٥ و١٦

[١٢٤] (١) س م ٩ ابريل ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٦٨ نمرة ٣٤١

(٢) راجع تطبيق هذه المعاهدة فى الحكم الصادر من الاستئناف المختلط فى ١٥ مايو ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٥٧ نمرة ٢٦٨ والمعاهدة خاصة باعتراف الحكومة المصرية بالرعوية اليونانية لمن كان أصلهم من البلاد اليونانية التى انضمت حديثا لليونان وبشرط تقييد

فى المحاكم الاهلية

١٢٥ — اثبات الجنسية امام المحاكم الاهلية: من المبادئ المقررة امام هذه المحاكم أنه اذا أراد مصرى أو عثمانى أن يعامل معاملة الاجانب من حيث اختصاص المحاكم الاهلية فلا يكفى فى ذلك أن يبرز شهادة قنصلية أو أية ورقة أخرى تذكر فيها القنصلية انه يتمتع بالحماية الاجنبية او انه ذو جنسية اجنبية بل يجب عليه ان يثبت ان الحكومة المصرية أو العثمانية قد وافقت على تغيير جنسية او بالاقل قد اعتبرته غير خاضع لاختصاص المحاكم الاهلية (١)

قضية أنطونيو ماجرى

من القضايا المهمة التى تظهر حدود اختصاص المحاكم الاهلية فى المسائل الجنائية قضية النيابة العمومية ضد انطونيو ماجرى البريطانى الجنسية ومالطى الاصل ارتكب سرقة مع آخرين وحكمت عليه محكمة المنشية الجزئية باسكندرية بالحبس ثلاث سنين فاستأنف وتمسك بعدم الاختصاص نظراً لكونه أجنبيا ولكن تبين للمحكمة ان النزاع فى الاختصاص لم يقم الا من المتهم نفسه ولم تتعرض القنصلية البريطانية الى المطالبة بالمتهم او المنازعة فى تبعيته بل تبين ايضاً انها نزعت حمايتها عنه منذ بضع سنين وتخلت تماماً عن سلطتها عليه وسلمته للحكومة من قبل ذلك لتسرى عليه أحكامها بعد ان شطبت اسمه من سجل الرعايا البريطانيين . فحكمت المحكمة باختصاصها بالحكم عليه و بنت حكمها على الحيثيات الآتية « حيث من المبادئ العمومية التى قررها علماء القانون فى كل البلاد واتفقت المحاكم على العمل بها أن السلطة القضائية فى المواد الجنائية التى هى جزء من السلطان الخاص بدولة من الدول تمتد على كافة انحاء الدولة كأنها لازمة بأرض الدولة اى ان احكامها تسرى وجوباً على جميع الاشخاص القاطنين فيها بدون فرق بين الوطنى والاجنبى . و بناء على هذا المبدأ تكون كافة الوقائع

أسمائهم فى القنصليات اليونانية فى المواعيد المقررة بمعاهدة أثينا الموقع عليها فى ١٤/١ نوفمبر ١٩٨٣ وفيها بيانات أخرى

[١٢٥] (١) س ١٣ ابريل ١٩٠٥ مج ٦ ص ١٩٢ وس ١٦ فبراير ١٩٠٧ حقوق ٢٣ ص ٢٠١ ومحكمة الجنح بعابدين فى ٤ أغسطس ١٩٠٨ حقوق ٢٣ ص ٢٤٩

الجنائية التى تحدث فى أرض دولة من الدول خاضعة وجوباً لأحكام تلك الدولة ؛ وحيث مع ذلك فان لهذا المبدأ استثناء فيما يتعلق بالامتيازات الاجنبية التى يتحصل عليها الاجانب بمقتضى معاهدات . . . وحيث أنه لا يؤخذ من وجود الامتيازات أن السلطة القضائية المحلية أصبحت لا تأثير لها بالكلية على الاجانب بل أنه من الثابت المعقول أن تلك السلطة ما زالت ولا تزال هى القاعدة وان السلطة القنصلية هى الاستثناء . . . وحيث أنه فضلا عن عدم مطالبة القنصلية البريطانية بالمتهم قد تبين أنها نزعت حمايتها عنه . . . . . وحيث أنه ليس من شؤون المحاكم البحث فيما اذا كان يحق لقنصلية دولة من الدول أن تنزع حمايتها عن أحد رعاياها فان من البديهى أن تلك المسألة تتعلق بقوانين الدولة التابعة لها القنصلية ولا شأن للمحاكم إلا أن تتأكد من صدور حكم القنصلية القاضى بنزع حمايتها وما يليها من الامتيازات عن الخصم الذى يتمسك بها . . . وحيث أنه قد ثبت لدى المحكمة بأجلى بيان مما تقدم انه وان كان المتهم تابعاً فى الأصل لدولة اجنبية الا أنه نظراً لثبوت حرمانه من حماية تلك الدولة يجب معاملته بالاحكام المحلية (الاقليمية) التى يسقط تحت حكمها بناء على قاعدة السلطة القضائية المحلية (الاقليمية) التى سبق ايضاحها فى الحيثيات المتقدمة فيتعين اذاً الحكم باختصاص المحكمة »[1]

تقدير الحكم

وهذا الحكم مبنى من حيث اثبات الجنسية والحكم فيها على المبادئ التى كانت مقررة فى ذلك الوقت فى المحاكم المختلطة وهى أنه اذا حصل نزاع فى الجنسية بين حكومتين فانه يفض بالطريق السياسى دون القضائى وهذه نظرية أقلعت عنها المحاكم وثبت خطأها ؛ ولكن حكم محكمة الاستئناف الاهلية سديد فى الموضوع من حيث اختصاصها بمحاكمة المتهم الذى لا تطلبه قنصليته ولقد انتقد

[١٢٥] (١) س ٢٧ فبراير ١٩٠٠ مج ٢ ص ٤٣ »

المسيو ارمانچون هذا الحكم انتقاداً مراً فى كتابه « الاجانب وأصحاب الحمايات » (ص ١٥٠ وص ١٥٦) مستنكراً أن يخضع الاجانب للمحاكم الأهلية التى تدعى لنفسها سلطة المحاكم العامة فى القطر المصرى وتدعى أن قانونها يسرى على الجميع باعتباره قانوناً اقليمياً الا ما استثنى من ذلك ! طبعاً هذه نزعة أجنبية من المؤلف الذى يعزّ عليه أن يرى المحاكم المصرية تمد اختصاصها الى ما يجب أن يمتد اليه من القضايا والاشخاص وماذا عسى المسيو أرمانچون وأمثاله يريدون فى حالة تخلى القنصلية عن شخص معين ؟ أيريدون أن يعثو هذا الشخص فى مصر فساداً ولا تمتد اليه سلطة الحكومة المحلية المصرية ؟ ان هذا يكون منتهى الاجحاف بحقوق تلك السلطة ومنتهى انكار جميل الحكومة التى تعطف على الاجانب وتقدم لهم من الامتيازات ما لا يتمتع به رعاياها هى

المبحث الرابع — تنازع الجنسية فى مصر

اسباب التنازع

١٢٦ — بما أن كل بلد من البلاد يقرر بواسطة قوانينه الخاصة بالجنسية القواعد التى يبنى عليها اكتساب الجنسية وتغييرها وفقدها بالنسبة لرعاياه ، وبما أن هذه القواعد تختلف من بلد الى آخر نظراً لكونها مبنية على ظروف مختلفة فانه من الجائز أن يكون فى هذه الحالة للشخص الواحد جنسيتان مختلفتان أو يكون الشخص عاطلا عن أية جنسية : ففى الحالة الاولى يسمى التنازع ايجابياً Conflit positif وفى الحالة الثانية يسمى سلبيا Conflit négatif . مثال ذلك القانون البريطانى يجعل الشخص المولود فى انجلترا من أبوين عثمانيين بريطانيا والقانون العثمانى يجعله عثمانياً نظراً لكون والديه عثمانيين فهذا تنازع ايجابى[١] وبعض القوانين يتطلب لتغيير الجنسية أن يحصل الشخص على تصريح سابق من حكومته (المادة الخامسة من

---

[١٢٦] (١) وهذا التنازع ينتهى بالضرورة اذا تنازل الشخص عن جنسيته البريطانية طبقاً للقانون البريطانى — راجع بند ١٠٦ حاشية ٢

القانون العثمانى ، بند ١٠٤) فاذا اتخذ العثمانى جنسية اجنبية فى الخارج بدون تصريح من حكومته فانه يظل عثمانياً طبقاً للقانون العثمانى ولكن اذا طبقت عليه المادة السادسة من القانون العثمانى بعد أن التحق بجيش احدى الحكومات الاجنبية ولم يحصل على تصريح سابق بذلك من الحكومة العثمانية ولم يكن قد حصل على جنسية الحكومة التي التحق بجيشها فانه يعتبر عاطلا عن الجنسية : لا هو استمر عثمانياً ولا هو اكتسب جنسية جديدة ؛ ولا يخفى أن حالة هذا الشخص مقررة فى القانون العثمانى صراحة — راجع بند ١٠٤ فى آخر المادة السادسة[٢]

التنازع السلبي

١٢٧ — التنازع السلبي — يجب الرجوع هنا بالنسبة لمصر الى المادة التاسعة من القانون العثمانى فيعتبر الشخص مصرياً الى أن تثبت صفته الاجنبية بطريقة قانونية (وتكون أحواله الشخصية فى أثناء ذلك هى الاحوال الشخصية المقررة لمن كانوا على ديانته من المصريين) وعلى هذه الفكرة حكمت محكمة الاستئناف الأهلية باختصاصها فى محاكمة انطونيو ماجرى البريطانى الجنسية لأن دولته تخلت عنه فلم تحميه من عمل رجال السلطة المحلية المصرية وذلك رغم كونه معترفاً بجنسيته الاجنبية ولكن العبرة هنا هى بالمزايا التي تمنحها هذه الجنسية لا بمجرد انتمائه اليها فأصبح بذلك خاضعاً لحكم القانون المحلى (الاقليمى) باعتباره مطروداً من جنسيته الأصلية[١] ومع ذلك يظهر أن المحاكم المختلطة لا تقيم الآن وزنا للمادة ٩ من قانون الجنسية العثمانى (قارن بند ١١٦) وكذلك الحكومة المصرية على لسان وزارة خارجيتها فقد اعتبرت وزارة الخارجية شخصاً اسمه رياض من غير رعايا الحكومة المحلية مع كونه من أهالى طرابلس الغرب بحسب أصله

إغفال المادة التاسعة ايضا

---

(٢) وفوق ذلك فانهم يمنعون من أن يرثوا ومن أن تكون لهم أملاك فى الديار العثمانية (الارادة السنية الصادرة فى ٢٥ ربيع الآخر سنة ١٣٠٠ وأخرى صادرة فى ٢١ شوال سنة ١٢٩٨) وبمقتضى ذلك تقسم أموالهم على ورثتهم الشرعيين — قارن أرمانجون « الاجانب وأصحاب الحمايات » ص ٨٨ — ٨٩ .

[١٢٧] (١) الحكم وارد هنا فى بند ١٢٥

وهو مولود فى مصر ومتوطن فيها وهناك شك كبير جداً فى تبعيته الايطالية فقالت وزارة الخارجية فى خطاب منها فى هذا الموضوع « انه لا يمكن مطلقاً اعتبار رياض من رعايا الحكومة المحلية لأنه من الاشخاص الذين لم يبت فى أمر جنسيتهم للآن »(٢) وهذا بلا شك انكار تام لسيادة الحكومة المحلية وهو مخالف للقواعد المتبعة فى البلاد المستقلة المتمدينة وعلى الخصوص لانه لم يكن ثمت تنازع على الجنسية لان الرجل كان عثمانياً بلا شك ولم يثبت مطلقاً انه حصل على الجنسية الايطالية وهو مولود ومقيم فى مصر (قارن بند ١٣٠) ؛ وفى البلاد الاخرى يرجع دائماً فى التنازع السلبى الى قانون الاقليم المتوطن فيه الشخص لانه يكاد لا يوجد مرجح آخر غير الموطن(٣) ويرى « بار » أن الجنسية الاصلية تستمر عملا ما دام أن غيرها لم يحل محلها (§ ٨٨) ولكن هذا قد لا يمكن تحققه فى كثير من الاحوال كما اذا تزوجت انجليزية بأجنبى فانها تفقد جنسيتها بمقتضى القانون البريطانى بنص صريح (دايسى ص ١٩٧ قاعدة ٣٩ و بند ١١٢ هنا) ويجوز أن يكون زوجها ممن لا جنسية لهم فتكون هى ممنوعة عن الجنسية البريطانية(٤)

التنازع الايجابى

١٢٨ — التنازع الايجابى : وهذا ليس بالنادر ، ويمكن حصوله فى مصر فيما يتعلق باختصاص المحاكم وفى الخدمة العسكرية وفى مسائل الاحوال الشخصية ؛ وعندنا صعوبات خاصة فى مصر بالنسبة للتنازع الايجابى نظراً لنقص سلطان الحكومة المحلية على الاجانب المقيمين فى الديار المصرية فان هذا النقص من شأنه

---

(٢) س م ٥ مارس ١٩١٩ جازيت ٩ ص ٩٧ نمرة ١٥٧

(٣) قارن حكم المنصورة المختلطة فى ٢١ يناير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٩٢ نمرة ١٨٣

(٤) وقد حكمت محكمة مصر الجزئية المختلطة بأنها مختصة بقضايا الاجانب الذين لا جنسية لهم وهم المسمون heimatlos وكانت القضية خاصة بشخص أصله رومانى ولكن القنصلية الرومانية قررت أنه ليس الآن من رعايا رومانيا فقالت المحكمة انه ليس أيضاً من رعايا الحكومة المحلية لان أصله من رومانيا وقالت ان المادة ٩ من القانون العثمانى محترمة التطبيق فى هذه الحالة لان الشخص أجنبى ولكن غير مثبوت أنه من الجنسية الرومانية لاحتمال ضياعها منه لسبب من الاسباب (١٢ ابريل ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٢ نمرة ٣٤٠)

أن يضعف حكم السلطة المحلية أو يشله فى كثير من الاحيان فلا يجعل حكمها نافذاً فى اقليمها ؛ وقد كان من السهل حل تلك الصعوبات اذا كانت سيادة الحكومة كاملة على اقليمها كما هى الحال فى البلاد الغربية . فقد يحدث أن يكون الشخص الواحد عثمانياً أو مصرياً وفى الوقت نفسه معتبراً من رعايا دولة أجنبية . فهل تكون الافضلية للسيادة الاقليمية المصرية ولأى حد ؟ الجواب على ذلك أنه مهما كانت المزايا المقررة بالامتيازات الاجنبية واجبة الاحترام فى مصر فانها لا يمكن أن تقف مانعاً فى سبيل تنفيذ القانون المصرى داخل البلاد المصرية متى كان هذا القانون غير ماس بها ولا متعرض لجوهرها

امثال للتنازع

خذ مثلا شخصاً أوروبياً فرّ من الخدمة العسكرية من بلاده وتجنس بالجنسية المصرية هل يصح القبض عليه فى مصر بواسطة السلطة القنصلية التى كان تابعاً لحكومتها ؟ خذ المثل نفسه وتصور ان الاجنبي قد اختار الجنسية المصرية طبقاً للمادة الثانية من القانون العثمانى بمعنى أنه ولد فى مصر من أبوين أجنبيين وحصل على الجنسية المصرية بعد بلوغه ؟ مثل آخر : مصرى تجنس بالجنسية الفرنسية بدون تصريح سابق من الحكومة المصرية هل يجوز له أن يطلب التمتع بمزايا جنسيته الجديدة فى الديار المصرية ؟ طبعاً لا يمكنه أن يطلب ذلك من الحكومة المصرية ولكن هل يمكنه أن يطلبه من القنصلية الفرنسية ؟ مثلا هل له أن يرفع الدعوى على فرنسى آخر امام القنصلية الفرنسية ؟ وهل يجب على هذه القنصلية أن تحكم بعدم اختصاصها ؟ رفع شخص دعوى على آخر أمام القنصلية الفرنسية ورأت هذه وجوب الحكم مبدئياً فى مسألة فرعية من مسائل الاحوال الشخصية متعلقة بالمدعى فوجدت أن للمدعى قانونين للاحوال الشخصية فأيهما تتبع ؟ شخص رفع دعوى على آخر فى المحكمة المختلطة فدفع المدعى عليه بعدم الاختصاص نظراً لكونه من جنسية المدعى[1] فما هى القواعد التى يجب أن

---

[١٢٨] (١) يراعى هنا أنه اذا أراد أحد المصريين الذين تجانسوا بجنسية أجنبية أن يرفع

يسترشد بها القضاة فى مثل هذه المواضيع ؟

لحل هذه المسائل يجب التمييز بين حالتين الأولى أن تكون الجنسية المصرية احدى الجنسيات المتنازع فيها الحالة الثانية أن لا تكون

١ — الجنسية المصرية احدى المتنازع فيها

١٢٩ — الحالة الاولى : الجنسية المصرية احدى الجنسيات المتنازع فيها : فى هذه الحالة يجب على القاضى المصرى — أهليا كان أو مختلطاً — أن يحكم بالجنسية المصرية لأن الجنسية المصرية يجب أن تسود فى اقليمها ويجب أن تطبق فيه دون أية جنسية أخرى . واذا كان القاضى تابعاً لاحدى القنصليات التى تتولى الحكم فى مصر فيجب عليه أيضاً أن يحكم بالمبدأ نفسه و يغلب الجنسية المصرية على أية جنسية أجنبية أخرى ، فاذا كان النزاع بين جنسية القنصل والجنسية المصرية فانه يجب أيضاً أن يحل بتغلب الجنسية المصرية ، على الرأى الصحيح ، وذلك لأنها جنسية الاقليم وهو يحكم بمقتضى تصريح من حكومة الاقليم فيجب أن يحترم قانون تلك الحكومة فى اقليمها ، ويغلب قانونها على قانونه الشخصى وهذا رأى العلامة فايس حيث يقول (١) « ان الاختصاص القضائى الممنوح للقناصل الاوروبيين فى الشرق بالنسبة لرعاياهم كثيراً ما يعطل حق السيادة الواجبة للباب العالى على اقليمه أسوة بالحكومات الاخرى ؛ وهو استثنائى ولذلك يجب أن يكون مقصوراً مثل جميع الاستثناءات ، على حدوده الضيقة . لذلك كان القانون الاقليمى أى القانون العثمانى هو القانون الوحيد الذى بمقتضاه يحكم فيمن يكون عثمانيا ومن يكون أجنبيا ؛ واذا حصل تنازع بين القانون العثمانى وأى قانون آخر فيجب دائماً أن يغلب القانون العثمانى فى اقليمه ومن جهة أخرى فان تنفيذ

الدعوى على مصرى آخر امام المحاكم المختلطة فلا بد له من اثبات حصوله على تصريح بتغيير جنسيته من الحكومة المصرية والا فلا تقبل دعواه (بند ١٠٩ و١١٧ و١٢٥) — قارن أرمانچون « الاجانب والمحميين » ص ١٦٠ ..

[١٢٩] (١) فايس الجزء الاول ص ٦٨٦ وفى الطبعة الاخيرة ص ٧٩٤

الاحكام القنصلية مناط بالسلطة المحلية وهذه لا تنفذ ما كان مخالفاً لقانونها »[٢]
واذا رجعنا الى التاريخ والى الوجهة النظرية الصحيحة وجدنا أن القناصل انما يستعملون سلطتهم فى البلاد العثمانية بمقتضى تسامح من السلطة المحلية ولذلك يجب عليهم أن يحترموا قوانين تلك السلطة ما دامت لا تتعارض مع امتيازاتهم (قارن حكم مجلس الاوردات فى قضية كازداغلى بند ٩٨ هنا)

واذا رجعنا الى أفكار المسيو أرمانچون الجديدة وجدنا الحل فيها يكون بالشكل الآتى : القاضى القنصلى هو أحد النظامات المصرية المشتركة المكونة للنظام القانونى المصرى فيجب عليه دائماً أن يرجع الى النظام الغالب (بند ٦٠) ليأخذ منه القواعد الاساسية (بند ٥٤) التى تبين من هو مصرى ومن هو غير مصرى (بند ٦٣)

٢ — الجنسية المصرية ليست احداهما

١٣٠ — الجنسية المصرية ليست احدى الجنسيات المتنازع فيها — فى هذه الحالة ينظر فيما اذا كان الشخص متوطناً فى إقليم احدى الجنسيتين اللتين تتنازعانه واذاً يكون قانون الاقليم الذى توطن فيه هو الواجب الاتباع مبدئياً وذلك لان الاقامة فى هذا الاقليم تشعر بأنه قد اختار جنسيته وفضلها على جنسية البلد الذى لم يرد الاقامة فيه وعلى كل حال فالجنسية المضاف اليها الموطن أقوى دائماً من الجنسية التى لم ينتفع بها الشخص ولم يظهر ارادته فى الالتجاء الى أهلها اللهم الا أن يقوم دليل آخر على عكس الظاهر كما سيتضح مما يلى . أما اذا لم يكن الشخص مقيماً فى اقليم أى الجنسيتين فان السؤال يصبح من المسائل العويصة فى القانون الدولى الخاص والمختلف عليها كثيراً وفيها على الاقل أربعة آراء :

---

(٢) قارن المرافعات بند ٣٩٣ وراجع أرمانچون ص ١٦٣ و١٦٤ حيث روى أيضاً تأييداً لهذا الرأى قول بعضهم (كوجوردان فى الجنسية ص ٦٨٦) ان فرنسا قد فحصت قانون الجنسية العثمانية ووجدته غير مناقض للامتيازات فيجب عليها حينئذ أن تحترم نصوصه وبناء على ذلك لا يمكنها بعد هذا القانون أن تحمى عثمانياً لم يحصل على التصريح من حكومته عند ما تجنس بالجنسية الفرنسية

أربعة آراء

الاول أن القاضي يجب أن يحكم بمقتضى أى القانونين كان أقرب شبهاً الى قانونه هو[1] ولكن يرد على هذا بأن ليس للقاضي أن يتحكم فى هذه المسألة ويجعل لقانونه دخلا فيها وهو خارج عنها والواقع أنه ليس من مرجح ظاهر فى هذا الموضوع يقتضى تفضيل قانون أجنبي آخر ولذلك فالرأى الثانى أن يمتنع القاضي عن الحكم حتى يتفق الخصمان على إحدى الجنسيتين لانه لا يوجد مرجح فى هذه الحالة فمثل القاضي فيها كمثله اذا ماعرضت عليه قضية متناقضة فيضطر الى الحكم بعدم اختصاصه برؤيتها[2] وقد كانت المحاكم المختلطة تتبع هذا الرأى تقريباً عند ما كانت تأمر بايقاف الدعوى ريثما يحل الخلاف على الجنسية بالطرق السياسية (بند ١١٧) وهذا الرأى معيب جداً من الوجهة القضائية كما ثبت بعدول المحاكم المختلطة عنه الآن (بند ١١٨) وفوق ذلك فان رأى بييه هذا مناقض لما يوجبه القانون على القاضي من الحكم فى أية قضية تكون من اختصاصه وترفع اليه فلا يستطيع عدم الحكم لغموض القانون أو لعدم وجود حل عادل الى آخره. الرأى الثالث قال به بييه أيضاً[3] وهو خاص ببعض الاحوال دون الكل وهو مبنى على نظرية « الحقوق المكتسبة دولياً » وبيانه أنه اذا كان للشخص جنسية أصلية وأخرى مكتسبة ولكن بطريقة لا تزول معها آثار الجنسية الاصلية بصفة كاملة فيجب اعتباره باقياً على الجنسية الاولى وذلك لان أولى الشأن فى الموضوع قد أصبح لهم حق مكتسب فى اعتباره على جنسيته الاصلية حتى تزول هذه بالطريقة القانونية التى ينص عليها قانونها ولا يجوز أن تصبح الجنسية المكتسبة جنسية ثانية له مع بقاء الاولى وقد حكمت محكمة السين بناء على الفكرة بأن المرأة التى تتزوج من رجل ليس له جنسية معينة

---

[١٣٠] (١) وقد جاء هذا الرأى فى مشروع القانون المدنى البلجيكى المادة ١٢ من الفصل الافتتاحى فيه ، وروولان الجزء الاول نمرة ٤٢٥ ..

(٢) هذا رأى بييه فى مؤلفه « النظام العام فى القانون الدولى » ص ٩٠ و ٩١

(٣) فى كتابه مبادئ القانون الدولى الخاص ص ٥٦٧

تحتفظ بجنسيتها التى كانت لها قبل الزواج لان زواجها لم يكسبها جنسية زوجها المشكوك فيها فتبقى على ما كانت عليه (٤)

الرأى الصحيح

والرأى الرابع وهو الصحيح فى كل الأحوال هو الرأى الذى قال به « بار » فى § ٨٨ وتبعه فيه رولان (١ بند د ٤٢ مكرراً) وأرمانجون (ص ١٦٨) هو أن القاضى يجب عليه أن يحكم بالجنسية التى أظهر الشخص نفسُه انه اختار خضوعه اليها . والمراد بذلك أن يبحث القاضى فى تاريخ الشخص وما قام به من الاعمال التى يفهم منها أنه فضل جنسية من جنسياته على غيرها : ينظر الى الحالة التى يعيش عليها هذا الشخص Possession d'état (بند ١١٦) وفى هذا البحث لا يلتفت الى الأحوال الخاصة أو الشاذة التى يكون قد أراد فيها مجرد الانتفاع من فائدة معينة تمنحها له أحدى الجنسيتين بصفة خاصة بل لا بد من الالتفات الى الاعمال أو الافعال أو الظروف التى يمكن معها القول بأنه قد فضل بها نهائياً احدى الجنسيتين . مثال ذلك أن يكون قد التحق بخدمة حكومة احداها أو قام بالخدمة العسكرية لاحداها أو استعمل حقوقه السياسية فى احداها أو كانت له علاقات خاصة مع قنصليات احداها (٥) وهذا الحل مطابق للقاعدة المقررة فى مصر والتى توجب على القاضى أن يحكم فى أحوال الشك والغموض بمقتضى قواعد العدل والقانون الطبيعى

(٤) محكمة السين فى ٢١ مايو ١٨٩٧ كلونيه ١٨٩٨ ص ١٣٥
(٥) قارن ڤاليرى ص ٣٢٦ ،،

الفصل الثالث

الديانة

الدين والقوانين الوضعية

١٣١ — كانت الشريعة الاسلامية الغراء هى القانون المعمول به فى مصر قبل ادخال القوانين والنظامات الوضعية الحديثة . فلما فصلت أغلب أجزاء المادة القانونية عن الدين ومحاكمه ، بانشاء المحاكم والقوانين المختلطة والاهلية ، وأصبحت مسائل الاحوال العينية والالتزامات و بعض مسائل الاوقاف والمسائل الجنائية خاضعة للقوانين الحديثة الخاصة بها ، بقيت مسائل الاحوال الشخصية خاضعة لأحكام الدين الحنيف واستمرت أيضاً قوانين الطوائف غير الاسلامية ومحاكمها عاملة فى مسائل الاحوال الشخصية . لذلك كان الدين فى مصر الآن فيما بين المصريين عاملا مهماً من العوامل التى تبين القانون الواجب الاتباع والمحاكم المختصة فى جميع مسائل الأحوال الشخصية . ولقد كادت هذه الحالة تمحى نهائياً من اوروبا اللهم الا فى اسپانيا والنمسا — وكانت الحال كذلك فى الروسيا لحين الثورة البلشفية — حيث لا يزال الزواج والطلاق خاضعين لأحكام القانون الدينى وحيث توجد جزاءات مادية تطبق على من يخالف أحكام الدين فى هذه المسائل

أما فى باقى بلاد أوروبا المسيحية فلا جزاء مطلقاً على مخالفة أحكام الدين فيها لأن المعمول به هو القانون الوضعى بل وفى بعض البلاد — فرنسا — يحاكم رجال الدين الذين يعقدون الزواج بالاجراءات الدينية قبل أن تتم الاجراءات المدنية (مادتى ١٩٩ و ٢٠٠ عقوبات فرنسى)

مذهب مصر بالنسبة للمسلمين

١٣٢ — هذا والمذهب الشرعى المقرر فى الديار المصرية والذى يحكم بمقتضاه قضاة الشرع الشريف ويتبعه غيرهم من المحاكم عند اللزوم هو مذهب الامام ابى حنيفة النعمان حيث أقرته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى المادة ٢٨٠

منها ولكن المشرع المصرى قد نص فى أحوال خاصة على اتباع أحكام خاصة اما من المذهب واما من غيره فقد جاء فى المادة المذكورة أن يكون صدور الاحكام بناء على أرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة وبقول ابى يوسف عند اختلاف الزوجين فى مقدار المهر ، وما دوّن باللائحة ، وان المسائل المنصوص عليها فى القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ يكون الحكم فيها طبقاً لاحكام ذلك القانون ، وهذه المسائل متعلقة بالنفقة والعدة وأسباب الطلاق والفرقة والمفقود

الاديان الاخرى — ١٣٣ — أما البطركخانات المختلفة فلكل منها نظام خاص مقرر اما بالفرمانات العثمانية واما بالأوامر العالية المصرية ولها على العموم محاكم خاصة وقوانين خاصة ولم تقرر بعد نظامات جديدة للبطركخانات فى عهد السلطة المصرية ولا المملكة المصرية الحديثة (راجع بند ٤٦)

اكتساب الدين — ١٣٤ — اكتساب الديانة : يكتسب الانسان ديانته وقت ولادته فيأخذ المولود دين والديه ويلحق أولاد السفاح بأمهاتهم ويتبع اللقطاء ديانة الأشخاص الذين قاموا بتربيتهم . وخضوع الانسان لدين معين أو لمذهب معين أمر من الامور الناشئة عن التربية ، وفى الزواج المختلط يكون الشأن الاكبر فى ديانة الاولاد للزوج الذى هو رئيس العائلة ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك

الردة — ١٣٥ — وتكتسب الديانة أيضاً بالردة وهى التحول عن ديانة الى غيرها وفى هذه الحالة يجب لصحة الاختيار أن يكون المختار بالغاً راشداً ويتبع فى ذلك اجراءات خاصة تنحصر فى تقديم طلب الى المحافظ أو المدير أو المأمور وهذا يوجه الاسئلة اللازمة الى الطالب لمعرفة ما اذا كان يفقه حقيقة ما يريد ويعرف شيئاً عن أصول الديانة التى يريد أن يعتنقها وهل يعمل عن اعتقاد واخلاص وحرية ؛ ثم يرسل الطالب الى الرئيس الدينى الذى يريد التخلى عن ديانته أو يستحضر مندوب من طرفه لجهة الادارة حتى ينصح الطالب فاذا لم تثمر النصيحة يحرر محضر بمعرفة الادارة ويذكر فيه اعتناق الطالب للديانة الجديدة

مفسدات الردة

ويلاحظ أنه لا قيمة لتغيير الدين من الوجهة القانونية اذا كان حاصلا بطريق الاكراه أو بدون اعتقاد أو كان حاصلا لمصلحة شخصية معينة أو لمجرد الاضرار بالغير أو كان حاصلا بطريق الغش والخداع . والمسوغ للبطلان هو السبب الذى حدا الى الرده . مثال ذلك فى الاحكام الصادرة من المحاكم الاهلية الحكم الصادر من الاستئناف الاعلى بتاريخ ٢١ ابريل سنة ١٩٠٤ مج ٦ ص ٣١ نمرة ١٥ فانه قضى بأن اسلام شخص فى صباح اليوم الذى صدر عليه فيه حكم بالنفقة لزوجته من البطركخانة المختصة لا يمنع من تنفيذ ذلك الحكم عليه لان جميع قرائن الدعوى تدل على أنه انما قصد بذلك التهرب من سلطة البطركخانة ؛ و بنت حكمها على أن هذا التغيير الذى طرأ فى حالته الشخصية لا يؤثر على اختصاص البطركخانة لانه حصل بعد رفع الدعوى عليه أمامها ولا يجوز لاحد الخصمين أن يسلب اختصاص محكمة مختصة ، بفعله ؛ ولو جاز ذلك لامكن لكل انسان أن يغير حالته على حسب أغراضه وتبقى المنازعات قائمة الى الأبد لتغيير الاختصاص تبعاً لتغيير الحالة الشخصية

نظرية الغش نحو القانون

ومبنى هذا الحكم من الوجهة النظرية معروف فى القانون الدولى الخاص ويسمى نظرية الغش نحو القانون Théorie de la fraude à la loi والغرض منها منع تطبيق القانون الذى كان يجب تطبيقه عادة لو لم يكن هناك قصد سيئ من جانب الخصم أو الخصوم الذين التجأوا اليه لمجرد التخلص من حكم قانون آخر يجب أن يُحكم به باعتباره صاحب السلطان الشرعى على الخصوم . ولهذه النظرية أساس متين فى أحكام المحاكم ويقول بصحتها أغلب المؤلفين الفرنسيين . ومع ذلك فلا يسلم بها آخرون بالاقل فى بعض تطبيقاتها وسوف نرى تطبيق هذه النظرية فى مواضع متعددة أهمها ما يأتى : تأسيس الشركات بطريق الغش نحو القانون الواجب خضوعها اليه (بند ٣٦٤ و بند ٣٦٧) وعمل العقود فى جهات معينة حتى يتوصل أصحابها الى الانتفاع من قاعدة أن « قانون الجهة يحكم شكل

العقد Locus regit actum — بند ٣٩٢

آثار الردة شخصية ومستقبلة

١٣٦ — وعلى كل حال فان آثار الردة لا يمكن أن تستند الى ما قبل الردة بل يجب ألا تمس الحقوق المكتسبة من قبلها ويصبح من بعدها الشخص خاضعاً لقوانين ديانته الجديدة ومحاكمها . وهذه الآثار شخصية للمرتد فلا يتأثر بها أولاده ولا تتأثر بها زوجته اللهم الا اذا أصبحت الحالة الجديدة مخالفة للنظام العام المقرر عندنا . فمثلا تنحل عقدة الزواج اذا أسلمت امرأة مسيحية متزوجة بمسيحى ولم يتحول زوجها عن دينه وذلك لأنه لا يحل فى بلاد الاسلام أن يتزوج مسيحى بمسلمة بعكس ما اذا أسلم الرجل فان الزواج يستمر لانه ليس ما يمنع المسلم من الزواج من مسيحية ، واذا أسلم الزوجان يستمر الزواج بدون اجراءات(١)

وأما أوجه النزاع الاخرى التى يمكن أن تنشأ عن الديانة فانها سوف ترد فى الكتاب الرابع هنا

الفصل الرابع

ما هو المحور الذى يجب أن ترتكز عليه الاحوال الشخصية

ألجنسية أم الموطن أم الدين ؟

النزعة الحديثة

١٣٧ — من المشاهد أن نزعة التشريع الحديث ترمى الى فصل القانون عن أحكام الدين Sécularisation des lois وما مثل تركيا (١) ومصر عنا ببعيد

---

[١٣٦] (١) راجع « ينج » فى القوانين العثمانية الجزء الثانى ص ١٠ وما بعدها وأرمانجون فى القانون الدولى الخاص الداخلى ص ٣٥

[١٣٧] (١) كانت القوانين فى تركيا اسلامية الاساس مبناها القرآن ومنح سلاطين آل عثمان للاجانب امتيازات كى لا يلزموهم باحكام الاسلام فلما أرادت تركيا أن تقنع الحكومات الاجنبية بقبول الغاء الامتيازات فى مؤتمر لوزان كانت الحجة الكبرى أن قوانين تركيا من الآن لا تكون دينية بل ستكون قوانين حديثة مشربة بروح الحرية وقد تم فصل الخلافة الآن عن الحكم وأصبحت تركيا جمهورية

لذلك لا يمكن القول الآن بجعل الدين محوراً للاحوال الشخصية فى أية جهة من الجهات التى لم يكن فيها كذلك . بل بالعكس ان المشاهد هو أن التطور سائر حثيثاً نحو ادماج جميع القوانين الدينية المعمول بها فى أى بلد من البلاد واخراج قانون واحد منها يكون قانوناً وطنياً للجميع سارياً على كل من يجمعهم وطن قومى واحد ، وتحقق هذا العمل أمر موكول الى الزمان وان كان فيه مشقة وآلام لابناء كل طائفة من الطوائف الدينية المختلفة . ولسنا ندعو هنا الى هذا العمل وانما نحن نقرر التاريخ ونتنبأ بما يخبئه المستقبل الذى هو وليد الماضى والحاضر . فالتطور سائر فى هذا الطريق رغم ايمان الافراد ورغبة الطوائف . ألم يكن فى أوامر السلاطين والخديويين باتباع مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة تقييداً لحرية المسلمين فى التعامل بمقتضى أى مذهب آخر غير مذهبه ؟ أو ليس التشريع الحديث الوارد فى القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ مثبت للتطور فى هذا الموضوع ؟ ومع ذلك ففى التطور المذكور وفى الادماج المنتظر فوائد مادية المجتمع تنحصر فى التخلص من تعدد القوانين وتعدد جهات الحكم وان كان كثير من الناس يعز عليه أن يتقلص ظل قانونه الخاص ومحاكمه الخاصة

التفاضل بين الموطن والجنسية

١٣٨ — أما من حيث اختيار قانون الموطن أو قانون الجنسية فان بلاد العالم قد انقادت اما بحكم الضرورة واما بحكم الشعور الوطنى . والنزعة الحالية الآن فى البلاد التى تسود فيها فكرة الموطن هى احلال الجنسية محل الموطن فمثلا الاستاذ دايسى الذى كتب كتاباً خاصاً عن الموطن قد أيد فيه فكرة الجنسية وقال انها الاساس الصحيح للتشريع.(١) كذلك السير ولتر فيليمور المستشار بالمحكمة العليا فى لندن قد حبذ فكرة الرجوع الى الجنسية فى مسائل الاحوال الشخصية فى تقرير المؤتمر العشرين لجمعية القانون الدولى (ص ٢٣٠) ونحوهما وستليك (ص ٣٤٨) وكثير غيرهم أنحوا باللائمة على فكرة الموطن المملوءة بالتعقيدات

---

[١٣٨] (١) دايسى « الموطن » ص ٣٦٢

والتصورات التى لا معنى لها والتى تدخل الحرج فى النفوس بدون أدنى مسوغ

خطأ التوسع فى فكرة الموطن

غير انى أرى شخصياً أن هذه النزعة قد تسببت عندهم عن تفسير لفظ الموطن تفسيراً واسعاً جداً لا يخلو من الخطأ اذ لم يلتفتوا فى تعريفهم للموطن الى وجوب قصره على الموطن داخل الامبراطورية البريطانية مثلا فيما يتعلق بالبريطانيين بل جعلوه عاماً حيث يقيم الانسان بنية البقاء طوعاً واختياراً ثم ما لبثوا أن تقضوا ما قرروا ، بحيلة التجأوا اليها وتسمى نظرية « الاحالة أو الرجوع » Le renvoi الآتى شرحها تفصيلا فى بند ٢٨٥ " واخيراً عمدوا الى هدم القاعدة من طريق آخر فقالوا بعدم امكان الحصول على موطن فى بلد من البلاد غير المتمدينة على طريقتهم : اذا نظرنا الى حكم القاضى الانجليزى فى أهلية رجل بريطانى متوطن فى سكوتلاندا فجعل أهليته خاضعة لقانون سكوتلاندا وجدنا أن المبدأ صحيح لانه لا يوجد قانون بريطانى عام للاهلية ولكن توجد قوانين متعددة يحكم كل منها جزءاً من الامبراطورية البريطانية فالقاضى مضطر لان يجعل قانون توطنه متحكما فى أهليته بعكس ما اذا كان الرجل متوطناً فى فرنسا وهو من أهالى سكوتلاندا أصلا فان الحكم بجعل أهليته خاضعةً للقانون الفرنسى يكون فى نظرنا حكما غير صحيح من الوجهة الطبيعية والنظرية لان مجرد الاقامة مدة الحياة فى جهة معينة لا يمكن أن يفهم منه أن الانسان قد أراد أن يجعل أحواله الشخصية خاضعة لقانون البلد الجديد ولا يخول للناس أن يعتقدوا أنه قد أراد ذلك . بالعكس ان الرجل قد كان ولا يزال بريطانياً من اصل سكوتلاندى ولم يرد ان يعامل بالقانون الفرنسى فى اعز شىء لديه وهو حالته الشخصية (بند ٩٣) لذلك كان حقاً أن يستمر خاضعاً الى قانون البلد الذى يتمتع بحمايته من الوجهة السياسية واذ كان هذا البلد عاطلا عن قانون وطنى لجميع رعاياه بل به قوانين متعددة للأجزاء المختلفة فيكون للشخص قانون الجهة التى كان متوطناً بها داخل حدود جنسيته . والدليل على صحة ما نقول به من وجود الخطأ فى التوسع فى معنى الموطن

عند الانجليز مثلا التجاؤهم الى نظرية الاحالة أو الرجوع ليصححوا بها وجهة نظرهم وليحكموا بمقتضاها بطريقة غير مباشرة بما نقول به بطريقة مباشرة (راجع ايضاح ذلك فى بند ٢٩٩) والدليل الثانى على صحة ذلك كما قدمنا قولهم ان الانجليزى لا يعتبر متوطناً قانوناً فى بلد من بلاد الشرق حتى لو كان متوطناً فيها بالفعل هو وآباؤه وأجداده وانه يحتفظ قانوناً بآخر موطن بريطانى كان له أو لآبائه (بند ٩٧)

تعذر الغاء فكرة الموطن

١٣٩ — ومن جهة أخرى لا يستطيع الانسان أن يحكم حكماً صحيحاً اذا أراد استبدال قانون الموطن بقانون الجنسية فى مثل الامبراطورية البريطانية لانه كما قدمنا لا يوجد قانون وطنى واحد وكل جزء من الامبراطورية يرى قانونه عزيزاً عليه فلا يوافق على توحيد القانون بالنسبة لجميع الأجزاء فانجلترا لا ترى التنازل عن قانونها كذلك سكوتلندا وايرلاندا وغيرهما

عدم التحمس للجنسية

١٤٠ — أما المدافعون عن فكرة قانون الجنسية فكثيراً ما يقال عنهم انهم يتوسعون فى النظرية الى حدود غير معقولة وانهم يتأثرون بها تأثراً يجعلهم ثملين بمحاسن نتائجها وانهم ينتظرون منها المعجزات فى كل وقت ويتوقعون بواسطتها أن يصلوا دائماً الى الحلول الصحيحة (ميلى ص ١٣٠ وهنا بند ٢٧٤)

الدفاع عن كل منهما

١٤١ — هذا وقد جرت عادة اكثر الكتاب النظريين فى القانون الدولى الخاص بأن يبينوا وجوه النفع والضرر فى اختيار فكرة الموطن أو فكرة الجنسية وتفضيل احداهما على الاخرى فالبعض يقول بصحة فكرة الموطن والبعض يقول بصحة فكرة الجنسية وآخرون يقولون بمبادئ مستقلة بأن يوفقوا بين الفكرتين فى آن واحد من وجوه مختلفة ، وعلى هذا الرأى العلامة ميلى (ص ١٢٩) حيث يقول « يجب علينا أن نبين العناصر التى تسمح للمشرع بتطبيق فكرة الموطن من جهة ، والعناصر التى تسمح له بتشجيع فكرة تلك الرابطة العامة التى تسمى الجنسية وتقوية روابطها ، من جهة أخرى . وأفضل حل يكون باحترام جزء من قانون الجنسية فى مسائل خاصة وجزء من قانون الموطن فى مسائل اخرى

وقد رأينا أن نجارى الكتّاب هنا فى ذكر الأسباب التى يؤيدون بها كلا من الفكرتين متبعين فى هذا المبحث المذهب النظرى (بند٣٠ "")

الدفاع عن الموطن

١٤٢ — أوجه تأييد فكرة الموطن :

(١) هذه الفكرة خليقة بأن تسمى دولية أى انها فكرة تتمشى مع اختلاط الشعوب لانها لا تفرق بين وطنى وأجنبى وهى تقدم للأجنبى حماية قانون الجهة التى يتوطن فيها لكونه قد أصبح عضواً فى الهيئة الاجتماعية التى يعيش بينها. وحتى فى حالة استبقائه جنسيته الاصلية فانه قد اختار مع ذلك الوطن الجديد مأوى نهائياً له home (بند ٨٧)

(٢) وبمقتضاها يعامل الاجنبى معاملة أهالى البلاد بمجرد اقامته بينهم بنية البقاء و بدون لزوم لأى بحث أو تحقيق أو استئذان

(٣) اذا قررت الفكرة فى جميع أنحاء العالم فانه يترتب عليها وضوح حالة كل انسان فى كل جهة لان الموطن مبنى على وقائع خارجية ظاهرة ويمكن معرفته لكل انسان وفى هذا نفع كبير للعالم من حيث العلائق التجارية على الخصوص

(٤) لا يمكن أن يكون للمرء غير موطن واحد ولذلك تجتنب الأبحاث الطويلة التى تنشأ عن تنازع الجنسيات بالنسبة لشخص واحد

(٥) بفكرة الموطن يتحقق للقانون الاقليمى كل سلطانه الشرعى على الأحوال الشخصية لكل من يسكن الاقليم ويتصل به بشكل نهائى ، وهو بذلك أحق من البلد التابع اليه الشخص من حيث الجنسية فقط (قارن ميلى ص ١١٦ وبند ١٤٤ هنا)

الدفاع عن الجنسية

١٤٣ — أوجه تأييد فكرة الجنسية :

(١) أساس هذه الفكرة هو الوحدة الوطنية وهذا الشعور آخذ فى النمو والانتشار

(٢) ان الوصول الى معرفة جنسية الشخص أسهل بكثير من الوصول الى معرفة موطنه الذى لا بد فيه من معرفة « نية البقاء » وهذه صعبة التحقيق و « الاقامة » وهى من الممكن ألاّ تكون ثابتة فى مكان واحد . واذا كان الموطن

فى كثير من الأحيان ظاهراً للانسان الاّ أنه لابد فى اثباته من عمل أبحاث كثيرة وطويلة فى الغالب . أما تحقيق جنسية الشخص عند الشك فأمر أسهل بكثير منه فى حالة الموطن

(٣) ان مسائل الأحوال الشخصية مثل الأهلية والزواج والسلطة الأبوية من المسائل التى يجب أن تنظم بحيث لا تكون خاضعة للتغيير بحسب انتقال الانسان من جهة الى جهة ؛ وتغيير الجنسية أمر نادر بالنسبة للانتقال من بلد الى بلد لان الأول يقتضى تصريحاً وقبولاً من احدى الحكومات او من حكومتين بعكس الثانى فهو مقصور على ارادة الشخص وحده ينتقل فى الغالب حيث يريد

(٤) ليس من حكمة ظاهرة فى اخضاع الأجنبى الى قواعد قد تكون غريبة عليه وقد تأبى نفسه أن يتمثلها لتنافرها مع مزاجه أو تربيته الوطنية أو الشخصية . ان تغيير محل الاقامة يقصد به فى الغالب الحصول على منافع اقتصادية أو تجارية فلا يجوز أن تتغير حالة الانسان الشخصية تبعاً لتلك المسائل المادية المحضة (قارن ميلى ص ١٢٣)

تكملة البحث النظرى

١٤٤ — ملاحظات تكميلية على ما تقدم — ان الأبحاث المتقدمة تفترض ان الحلول المعروضة كلها مشروعة ومقبولة وان مجهودات العلماء يجب أن تبين لنا ما هو الأصلح منها وما هو أخفها اضراراً وصعوبات ولكن هذا ليس السؤال الصحيح الذى يجب أن يطرح فى الموضوع طبقاً لرأى بعض الكتاب النظريين الآخرين لان ما يجب اكتشافه هو أمر آخر وهو :

ما هو القانون الذى له بالفعل (من الوجهة النظرية أيضاً) سلطان على الشخص ويجب خضوعه اليه والذى يجب أن لا يكون لارادته دخل فيه والذى يجب ألاّ يتوقف على رأى العلماء ونظرهم ولكن يجب أن يكون خاضعاً لتعريف صحيح للسلطة الطبيعية للقانون Empire naturel de la loi ؟ يلاحظ الأستاذ پيّيه ان ما يجب معرفته هو ما يأتى : ما هو ، من بين قوانين متعددة ، القانون الذى يرمى

الى حماية الانسان ؟ أو لأى حكومة الحق فى حماية شخص معين ؟ يقول پييه انه لا نزاع فى ان الحق هو للحكومة التابع اليها الشخص من حيث جنسيته ولا محل مطلقاً للمقارنة بين الحكومة الوطنية وبين الحكومة التى اتخذ الانسان بلدها موطناً له . ان الاختصاص السياسى هو الدلالة الظاهرة المرشدة الى الاختصاص المدنى La compétence diplomatique est ici le signe certain de la compétence civile ان الامتيازات الاجنبية فى الشرق كانت شخصية وقد أعطيت لتمييز رعايا الحكومة المتعاقدة التى حصلت على هذه الامتيازات دون غيرهم . أما الموطن فلا يلتجأ اليه الا بصفة احتياطية فى الاحوال الشخصية وهذا ليس لكونه المعيار الصحيح بل لكون الظروف قد تضطرنا الى ذلك . اذ ليس لقانون الموطن أى سلطة بها يفضل فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ، على قانون الجهة التى حصل فيها العمل Lex loci actus أو على قانون المحكمة Lex fori (بند ٢٥) ولكن قد يعرض من المسائل ما يستحيل فيه تطبيق قانون الجنسية . فحينئذ يصح تطبيق قانون الموطن بالتفضيل على أى قانون آخر ، وهذه المسائل تعرض فى التنازع السلبى أو الايجابى فى الجنسية (بند ١٢٧ و ١٢٨) كذلك يصح الالتجاء الى قانون الموطن بصفته موصى به من قانون الجنسية الذى يشير بالرجوع اليه (بند ١٣٨ و بند ٢٩٦ مكرراً) فلا يكون له سلطة الا التى يستمدها من الاحالة عليه من قانون الجنسية : فيكون له فى المسائل الدولية سلطة تعيين قانون الاحوال الشخصية لرعايا الدول التى تحكمها فى أجزاءها المختلفة قوانين مختلفة مثل الامبراطورية البريطانية هذه نظرية پييه فى طريق تعيين قوانين الاحوال الشخصية[1] وهذه الافكار وان كانت صائبة وطلية الا أنها لا تخرج عن ميدان البحث والنظر وهى أفكار نظرية قد تكون أبعد من غيرها فى هذه الصفة ولكنها ليست متمشية مطلقاً مع المذهب العملى الذى يجب توخيه بقدر ما تسمح الظروف بذلك

---

[١٤٤] (١) پييه فى مبادئ القانون الدولى الخاص ص ٣٠١ — ٣١٨

نتيجة

١٤٥ — نتيجة الابحاث المتقدمة : ان ما يجب أن نعرفه فى نهاية هذا البحث هو ما يأتى : ما هو القانون الذى يحكم الاحوال الشخصية فعلاً فى أى نظام من النظامات وعلى الخصوص فى القطر المصرى ؟ الجواب قصير جداً ومحكم. هو بالنسبة للمصريين القانون الدينى لكل منهم وبالنسبة للاجانب فى مصر هو قانون جنسية الشخص . وما زاد عن ذلك من البحث خارج عن ميدان المذهب العملى وداخل فى ميدان المذهب النظرى (بند ٢٩ ، ٣٦)

ازدياد المصاعب

١٤٦ — ويجب ألا نترك هذا الموضوع قبل أن نشير الى أن وجود قواعد الموطن بجانب قواعد الجنسية فى وقت واحد والتنازع الشديد بينهما فى البلاد المختلفة قد أدى الى شدة الاهتمام بنظرية من النظريات المهمة فى القانون الدولى الخاص التى كثر الجدال والخلاف بخصوص صحتها وهذه هى نظرية « الاحالة أو الرجوع » Renvoi لذلك يُرى مقدار ازدياد الصعوبات عند ما يضاف الى اختلاف القوانين التى يمكن أن تتنازع الحكم فى قضية من قضايا الاحوال الشخصية ، صعوبات جديدة بخصوص طريقة حل هذا التنازع (١) أما الكلام على هذه النظرية فسوف يأتى فى بند ٢٨٥ وما بعده هنا

---

[١٤٦] (١) وستليك ص ٢٥

الباب الثالث

حقوق الاجانب

الفصل الأول

حقوق الاجانب على العموم

١٤٧ — يتمتع الاجانب على العموم فى العالم المتمدين بحقوق تقل فى مجموعها كثيراً عن حقوق الاهالى ولاجل ادراك كنه هذه الحقوق يجب التمييز بين ما اصطلح على تسميته فى هذا الموضوع الحقوق العامة والحقوق الخاصة والحقوق السياسية — عموميات

فالحقوق العامة Droits publics هى الحقوق التى تكتسب أو تستعمل فى مواجهة الهيئة الاجتماعية بشكل عام كالحق فى الحياة وحق اكتساب الاشياء الضرورية للحياة وللمتاع الحسن وحق التحرك والانتقال وحق التفكير والتكلم والكتابة واعتناق أى فكر من الافكار . وبالاختصار الحق فى أن يكون الانسان حراً

والحقوق الخاصة Droits privés هى التى تكون للشخص قبل الاشخاص الآخرين على وجه التعيين فى معاملاتهم المتبادلة مثل الحقوق العائلية وحق الملكية وحق الدائنية وحق التصرف بلا عوض وحق التقاضى بالتظلم أمام القضاء والسلطات الادارية ونحو ذلك

والحقوق السياسية Droits politiques هى التى تسمح للشخص بأن يشترك بالفعل فى نظام الحكومة بشكل من الاشكال

١٤٨ — الحقوق العامة : يتمتع الاجانب بوجه عام بالحقوق العامة فى الزمان الحاضر فى كل بلاد العالم تقريباً ومع ذلك فتوجد بعض القيود بالنسبة اليهم قد — الحقوق العامة

تقتضيها مصلحة الأمن العام فى الدولة أو مصالحها الاقتصادية . فمثلا ينص القانون الايطالى المتعلق بالأمن العام على أن لمديرى المديريات الواقعة على حدود الدولة الايطالية أن يمنعوا من الدخول فيها كل أجنبي يكون عاطلا عن المستندات المثبتة لشخصيته أو عاطلا عن موارد الرزق ، و ينص القانون الايطالى الصادر فى ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ على أن كل أجنبي موجود فى ايطاليا أو يدخل فى ايطاليا يجب عليه أن يقدم بنفسه فى مركز البوليس سلسلة بيانات عن نفسه وحالته وأغراضه وممتلكاته وغير ذلك مما يطول شرحه و يمنح القانون المذكور للمديرين حق طرد الاجنبي فى حالة مخالفته لبعض نصوصه وحق منع الاجانب من الاقامة فى أماكن معينة يمكن ان يخشى فيها من وجود الاجانب على الدفاع الوطنى [1] و يوجد فى الولايات المتحدة الامريكية سلسلة قوانين تمنع من الدخول فيها طوائف معينة من الاجانب منهم المجانين وذوو العاهات المنفرة او الامراض المعدية والعاهرات وذوو الزوجات المتعددات والفوضاويون والمجرمون المحترفون بالاجرام والمتسولون والذين لا يؤمنون بالله . وقد كانت انجلترا ملجأ للمنفيين والمطرودين والفوضاويين ولكنها ابتدأت تطاردهم فى سنة ١٩٠٥ حيث صدر قانون خاص للاجانب Aliens act أبيح به استبعاد « غير المرغوب فيهم » Undesirables من الاجانب وكثير من البلاد يتطلب جوازاً بالمرور passport وخصوصاً من بعد الحرب وقد كان المرور حراً فى مصر قبل الحرب ولكنه تقيد بعد ذلك . (بند ١٦٨) و بعض البلاد يتطلب من الاجنبي اقراراً امام البوليس مثال ذلك فرنسا

وحق الطرد expulsion مقرر ضد الاجانب وكذلك حق تسليم المجرمين extradition ولا يجوز استعمال هذين الحقين ضد الاهالى .

ولاسباب اقتصادية يمنع كثير من البلاد الاجانب عن الاشتغال ببعض الحرف ، أو يفرض عليهم بعض الشروط او الضرائب و بعض البلاد يمنع العمال

---

[١٤٨] (١) القانون منشور ومعلق عليه فى كلونيه ١٩٢٣ ص ٧١٨ — ٧٢٥

ذوى الأجر الزهيد مثل الصينيين واليابانيين والسوريين ومن هذه البلاد الولايات المتحدة الامريكية وكندا واستراليا وسيام وكوستريكا[٢] وقد أثرت حالة الحرب الماضية تأثيراً سيئاً فى أغلب قوانين العالم بالنسبة للاجانب وعلى الخصوص بالنسبة للاعداء فصدرت قوانين استثنائية فى انجلترا مثلا تبيح للحكومة طرد أى شخص كان من الاعداء وتمنع دخولهم الا بتصريح خاص لمدة معينة تمنعهم فى خلالها من بعض الحرف والمتاجر وقد وضعت قيود دائمة فى سنة ١٩١٩ فى انجلترا ضد الاجانب الاعداء السابقين وغيرهم أهمها حرمان الجميع من وظائف الحكومة Civil service[٣] ومن تغيير الاسماء التى كانت لهم قبل أغسطس ١٩١٤ الا بتصريح خاص من الحكومة . وفوق ذلك كله فقد تحددت حقوق الاجانب على العموم فى الامبراطورية البريطانية بالقانون الصادر فى سنة ١٩١٤ المسمى British Nationality and Status of Aliens Act وهذه خطوة جريئة أقدمت عليها الحكومة البريطانية بسبب حالة الحرب . ولكنها استمرت بعدها

١٤٩ — الحقوق الخاصة : لقد أظهر بعض البلاد تسامحاً كبيراً فى هذا الموضوع فان ايطاليا مثلا تقر للاجانب بجميع الحقوق الخاصة التى للايطاليين وهذا لا يمنع من أنها أصدرت قانوناً فى ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ به تتمكن من مراقبة جميع الاجانب فيها ومعرفة حقيقة كل واحد منهم بشكل دقيق وعرضتهم لجزاءات مختلفة منها الطرد من ايطاليا اذا خالفوا بعض القواعد الموضوعة بالقانون (بند ١٤٨) ويظهر أن كثيراً من بلاد العالم قد سلك هذا المسلك بعد الحرب الحقوق الخاصة

ومع ذلك فان أغلب بلاد العالم يضع قيودا خاصة على حقوق الاجانب فى هذا الموضوع بعد ان يخص رعاياه بمزايا وامتيازات خاصة . فمثلا فى الافلاس ينص بعض القوانين على أن الاهالى يستولون على ديونهم قبل الاجانب (فى النمسا

---

(٢) ڤارن ڤاليرى ص ٣٥٠ — ٣٥٥
(٣) دايسى ص ٢٠٨ — ٢١١

وأوراجوى) وفى انجلترا يوجد من طرق التنفيذ ما لا يجوز الا ضد الاجانب Theory of foreign attachment وفى فرنسا لا يستطيع أجنبى أن يرفع دعوى أمام القضاء الا اذا قدم ضماناً مالياً بالمصاريف والتعويضات لخصمه تدفع اليه اذا ما خسر الاجنبى الدعوى Cautio judicatum solvi[1] ولاسباب متعلقة بالامن العام لا يسمح بعض البلاد للاجانب أن يقتنوا عقارات فيها ففى انجلترا كان الأمر كذلك لغاية سنة ١٨٧٠ وفى تركيا لغاية سنة ١٨٦٣ . وحكمة هذا الحرمان هو التخوف إما من النفوذ السياسى الخطر واما من سهولة الاعمال الحربية واما من التأثير على مصالح الاهالى الاقتصادية . ففى رومانيا لا يستطيع الاجانب أن يقتنوا أراضى زراعية وتوجد قيود مشابهة لذلك فى السويد والنرويج والمكسيك واليابان والولايات المتحدة الامريكية وقد سلكت فرنسا أخيراً مسلكاً شديداً جداً ضد حق ملكية الاجانب للعقارات فيها[2] . وفى جميع بلاد العالم لا يجوز تملك المراكب التى تحمل علم الدولة الا لرعايا الدولة دون الاجانب (راجع المادة الاولى من القانون التجارى البحرى المصرى) وتظهر أهمية هذا المنع فى أثناء الحروب[3] وللسبب نفسه لا يصح أن يكون ربان السفينة والجزء الاكبر من ضباطها ورجالها من غير رعايا الدولة سواء كانت السفينة عمومية أو خصوصية للركاب أو التجارة

أما الجمعيات أو الشركات فانها تعتبر خطرة على النظام بما لها من حق البقاء

---

[١٤٩] (١) راجع فيها ڤاليرى ص ٦٤١ وما بعدها

(٢) وقد اعتبر القانون الجديد المصدق عليه من مجلس النواب الفرنسى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ شديد الوطأة جداً وكان له مفعول سيئ فى البلاد الاجنبية خصوصاً فى بلجيكا ولكن قالوا ان السبب فيه هو منع تسرب الاجانب فى المصالح الحيوية لفرنسا contre l'infiltration étrangère راجع مقالة الاستاذ برودوم فى كلونيه ١٩٢٣ ص ٤٦ ..

(٣) ولهذا السبب حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز لاجنبى (فرنسى) اشترى مركباً مصرياً أن يمنع حجزاً توقع عليها بواسطة المحاكم الاهلية لوفاء دين على المالك المصرى البائع ، من أن ينتج نتائجه ضد البائع المذكور وذلك لانه لا يجوز للاجنبى أن يملك مركبا مصرياً — س م ١٩ نوفمبر ١٩١٩ جازيت ١٠ ص ٢٦ نمرة ٣١

الأبدى وما تستطيع أن تتملكه من مال وفير ، ونظراً لكثرة عدد أعضائها الذى قد لا يكون له حد مقرر ؛ ويزداد هذا الخطر اذا تألفت تلك الجمعيات أو الشركات من أجانب — لذلك كان فى أغلب قوانين العالم قيود هامة على حرية انشائها (١) وقد وضعت انجلترا قيوداً شديدة على الشركات الاجنبية فى سنة ١٩١٧ حتى تضمن بها مصالح أهالى البلاد ضد تصرف الاجانب (٢)

الحقوق السياسية

١٥٠ — الحقوق السياسية — تحرم جميع قوانين العالم المتمدين على الاجانب أن يشتركوا بأى شكل من الاشكال فى النظام السياسى للبلد الذى يقيمون فيه فلا يمكنهم أن يكونوا أعضاء فى أى مجلس تشريعى أو ادارى ولا يمكنهم ان يشغلوا وظائف حكومية ولا أن يكونوا محامين فيها أو محلفين (بند ٦٥) وبالعكس لا يخضع الاجانب للقوانين العسكرية ولا يكلفون بدفع ضريبة الاعفاء أو بدل الخدمة العسكرية فان الشخص لا يلزم بالخدمة العسكرية الا فى جيوش حكومته الوطنية (٣) وتنص بعض القوانين على أنه ليس للاجانب أن يتدخلوا بأى شكل فى المسائل السياسية الخاصة بها ولا فى أى شىء يمكن أن يمس ذلك (٤)

حقوق الاجانب فى انجلترا

١٥٠ مكرراً — ويحسن بنا هنا أن نذكر حقوق الاجانب التى تقررت فى القانون الانجليزى الصادر فى سنة ١٩١٤ فانه نص على أنه يجوز للاجانب أن يأخذوا ويتملكوا ويقتنوا المنقولات والعقارات من أى نوع كانت ويتصرفوا فيها من كل الوجوه مثل الرعايا البريطانيين الاصليين بشرط الا يمس ذلك بما يأتى :
(١) ليس لأجنبى أن يدعى بمقتضى ذلك حق تملكه لعقارات كائنة فى غير

---

[١٤٩] (١) راجع فيما يتعلق بحالة القانون المصرى نحو الشركات التى تكون فى مصر بند ٣٦٤ هنا

(٢) دايسى ص ٢١٠ و ٢١١ وفى الموضوع على العموم ڤاليرى ص ٣٥٦ — ٣٦٠

(٣) قارن ڤاليرى ص ٣٦١ — ٣٦٢

(٤) قانون الاجانب الصادر فى ڤنزويلا فى ١٣ ابريل ١٩١٣ المادة السادسة منه — ڤاليرى ص ٣٦١ وحاشية ٢

المملكة المتحدة (٢) ليس لأجنبي أن يحصل على أى وظيفة فى الحكومة أو على أى حق من الحقوق البلدية او البرلمانية (٣) ان يكون صاحب سفينة من السفن البريطانية (٤) ان يكون له اى حق او امتياز من الحقوق أو الامتيازات الخاصة بالرعايا البريطانيين فيما عدا الحقوق المتعلقة بالاموال السابق ذكرها (٥). ومعنى ذلك منع الاجانب عما عدا ما ذكر من الحقوق المتعلقة بالاموال فالمنع هو القاعدة والاستثناء هو الحقوق المالية المذكورة وهذا منتهى ما يمكن من التضييق على الاجانب فى الحقوق بوجه عام

الفصل الثانى

حقوق الاجانب فى مصر

نظرة عامة

١٥١ — ان حالة الاجانب فى مصر الآن ناتجة عن المعاهدات المسماة بالامتيازات الاجنبية Capitulations وهى التى عقدها سلاطين آل عثمان مع دول أوروبا المسيحية المختلفة ومع الولايات المتحدة الامريكية وقد تغيرت فى مصر الحالة المرسومة بمقتضى نصوص الامتيازات المذكورة تغيراً يذكر، بعاملين مهمين الأول ما جرت به العادة فى مصر من التسامح وثانيا ما استجد من النظام المسمى بالاصلاح القضائى La Réforme judiciaire بسبب الاتفاقات الخاصة التى عقدتها الحكومة المصرية مع الدول صاحبات الامتيازات بخصوص انشاء القوانين والمحاكم المختلطة. اذاً تكون حالة الاجانب فى مصر مبنية على الامتيازات كما عدلتها العادة ونظام المحاكم المختلطة ونحن لا نستطيع أن نأتى هنا على تاريخ تفصيلى للامتيازات الاجنبية التى كتبت

---

(٥) دايسى ص ٢٠٧ و ٢٠٨

عنها مجلدات ضخمة بل نحيل مريد الاطلاع على تلك الكتب[٦] مكتفين ببيان الاسباب التى قامت عليها الامتيازات وما دار فى ذلك من الخلاف ، وببيان الحالة القانونية الناشئة عنها الآن وما اعقبها من عادات مخالفة لها نشأت فى مصر بسبب تسامح السلطات المحلية وتهاونها فى حقوق البلاد ، أو عن نظام المحاكم المختلطة

مقارنة بين مصر واوروبا

١٥٢ — ان حالة الأجانب فى مصر هى على عكس حالتهم فى البلاد المسيحية أو البلاد المتمدينة على العموم

بينما يحرم الأجنبى فى البلاد المذكورة من حقوق كثيرة يمتاز بها الوطنى اذا الأجنبى فى مصر يتمتع بحقوق غريبة هادمة لسيادة الحكومة المحلية فيمتاز بمركزه الاستثنائى على أهالى البلاد — لذلك سميت حقوقه بالامتيازات الاجنبية وقد كان من الواجب أن تكون حقوقه أقل من حقوق أهالى البلاد اذا كانت مصر من البلاد التى تتقارب مدنيتها من مدنيات الأمم الغربية . وقد تخلصت تركيا أخيراً من الامتيازات الاجنبية واستردت حقوقها كاملة على الاجانب كأى دولة أخرى بمعاهدة لوزان (بند ٧٨) والحالة عندنا على ما هى عليه

لقد ضمنت الامتيازات الاجنبية للاجانب على العموم مركزاً ممتازاً فى مصر اذ بعد أن أمنتهم على حريتهم الشخصية وحريتهم الدينية واباحت لهم حرية الاتجار — وفى هذا لا يكادون يزيدون عن الاهالى فى شىء من الحقوق — جعلتهم بعد

---

(٦) أهمها كتاب المسيو دو روزاس ناظر مدرسة الحقوق الفرنسية بالقاهرة وعنوانه Le Régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman وهو فى طبعته الثانية صدر سنة ١٩١٠ و ١٩١١ والجزء الثانى متعلق بالحماية وبمصر ، وثانياً كتاب المستر سكوت المدرس بمدرسة الحقوق الخديوية سابقاً وعنوانه The Law affecting Foreigners in Egypt as the Result of the Capitulations سنة ١٩٠٨ وثالثا رسالة الاستاذ الدكتور بهى الدين بك بركات وعنوانها Des privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte باريس سنة ١٩١٢

ذلك متمتعين بما يسمى حرمة المساكن Inviolabililé du domicile (وهذه ضمنت للمصريين بالدستور) ثم حمتهم من أن يسرى عليهم القانون الاقليمى أو المحلى فى المسائل المدنية والجنائية فى بعض الاحوال . هذا فى البلاد العثمانية على العموم أما فى مصر فان العادة قد نفخت فى هذه الامتيازات حتى أخرجتها عن كل حد معقول وأخيراً تعدل النظام تعديلا مفيدا بانشاء المحاكم المختلطة المصرية وجعل نظامها مؤقتاً بحيث يرجع الى النظام السابق اذا لم يستمر الاتفاق على بقائها

علة وجود الامتيازات

١٥٣ — علة وجود الامتيازات الاجنبية : من المسلم به بوجه عام أن الامتيازات لم تنشئ للاجانب مركزا جديدا فى البلاد العثمانية بل انها ثبتت دعائم حالة سابقة كانت موجودة بفضل تسامح حكومة كريمة . ومع ذلك فهناك اختلاف كبير فى معرفة الاسباب التى بنى عليها نظام الامتيازات

اختلاف العالمين من حيث الدين :

١٥٤ — الرأى الاول هو اختلاف العالم المسيحى عن العالم الاسلامى اختلافا ناشئاً عن الدين والاخلاق والنظامات . ومتى وجد الخلاف بهذا الشكل أصبح من المستحيل وجود علاقات مستمرة بين هذين العالمين الا اذا أعطيت للشعب الذى قضى نشاطه بالهبوط فى بلاد الشعب الآخر ضمانات استثنائية لا يكون بدونها محل للامن لا على الشخص ولا على المال [1] ولكن هذا التفسير ليس علميا بل متلمس من الواقع empirique واذا كان اختلاف الدين وغيره سبباً صحيحاً فانه كان من الواجب أن يكون للعثمانيين أيضاً امتيازات مثلها فى بلاد الغرب ومع ذلك فلا تبادل فى الامتيازات بمعنى ان العثمانيين لا يتمتعون بها فى بلاد الغرب

واذا كانت الامتيازات قد أملاها قائد جيش منتصر ، على ملك مهزوم فانه يكون من السهل جدا تصور حقيقة الحال ولكن ذلك لم يكن . لأن الامتيازات الاولى قد منحها الخلفاء أو السلاطين الفاتحون الى للمسيحيين الذين افتتحت بلادهم

---

[١٥٤] (١) فيرو — جيرو جزء ١ ص ٢٩ Féraud - Giraud, Juridiction Francaise dans les Echelles du Lévant,t 1, Introduction p. 29

أو الذين هبطوا الى بلاد الشرق يطلبون رزقا وعطفا فقد كان الجيش الفرنسى مهزوماً فى واقعة المنصورة سنة ١٢٥٠ ميلادية وقت أن سمح سلطان مصر الملك الظاهر بيبرس لملك فرنسا القديس لوى (التاسع) Saint Louis بانشاء قنصلية فرنسية فى مدينة الاسكندرية؛ و يجب ألا ننسى هنا أن فرانسوا الاول ملك فرنسا كان سجيناً فى مدريد بعد موقعة پاڤى Pavie وقت أن ابتدأت فى القسطنطينية المفاوضات التى انتهت بتأييد السلطان سليمان للامتيازات التى منحها سلاطين مصر فى ذلك الوقت الى فرنسا ، وبالاتفاق بعد ذلك بسبع سنين على الامتيازات الاولى المعقودة فى سنة ١٥٣٥ . وكانت الامبراطورية العثمانية وقتئذ فى ابان أكبر مجد وعظمة وقوة وصلت اليها فى التاريخ (٢)

السبب اقتصادى

١٥٥ — الرأى الثانى انها مسببة عن أغراض اقتصادية محضة أى ان سلاطين الشرق منحوها ليجلبوا اليهم تجار الغرب ولكن هذا الرأى ليس سبباً كافياً . هو فى الواقع يفسر منح بعض الضمانات ولكنه لا يفسر مطلقاً منحها على الشكل الذى اتخذته وسارت فيه (١)

الشريعة لا تحمى غير المسلمين

١٥٦ — الرأى الثالث وهو رأى الاستاذ دو روزاس أن السبب فى وجود الامتيازات هو أن القانون فى الدولة العثمانية مبنى على الدين والدين شخصى بالطبيعة ولذلك لم يكن القانون الدينى ليطبق على من لم يكن يدين بذلك الدين وانبنى على هذا ان سمح لغير المسلمين باتباع قوانينهم الشخصية . لم تكن الشريعة الاسلامية لتحمى الاجنبى ولا لتحكم فى مخاصماته ولا لتعاقبه لأنها لا تحمى الا المسلم ولا تحكم الا فى مخاصمات المسلمين ولا تعاقب الا المسلمين . لذلك بقى الاجنبى خاضعاً لقانونه الشخصى فى كل ذلك . ان الامتيازات الاجنبية مشروعة نظرياً لأنها مبنية على وجوب احترام حرية المعتقدات بالنسبة للشعوب الأخرى لأنه

---

(٢) دو روزاس الجزء الاول ص ١٣ و ١٤

[١٥٥] (١) دو روزاس الجزء الاول ص ١٤

اذا كان القانون مرتبطا ارتباطاً تاماً بالدين فانه يكون من المحرم تطبيقه على من لم يكن من أهل ذلك الدين [٢]

الدفاع عن الامتيازات

١٥٧ — وأما مشروعية الامتيازات الاجنبية من الوجهة العملية فقد ثبتت فى نظر الاستاذ دو روزاس بما أدته من المنافع العظيمة للممالك الاسلامية والمسيحية على السواء . فقد أدت الى فصل القوانين الجنائية والمدنية والتجارية عن أحكام الدين وجعلتها قوانين وضعيـة وقد استمرت الامتيازات مدة أربعة قرون لم تتغير لا فى روحها ولا فى نصها وقد كانت طبيعية فى نشأتها فاصبحت فى الوقت الحاضر نظاماً استثنائياً . وسوف يتبين مما يلى كيف حصل هذا التغيير وفى أى وقت حصل [١] ويرى كثيرون أنه قد يصح الدفاع الآن عن وجوب الغاء الامتيازات ولـكن من الثابت المؤكد فى نظرهم انه لولا وجودها فى الماضى ما كان من الميسور مطلقاً أن يسود السلام بين البلاد الاسلامية والبلاد المسيحية

رأى مصرى تاريخى صحيح

١٥٨ — الرأى الرابع هو الذى أبداه الاسـتاذ الدكتور بهى الدين بك بركات فى كتابه فى الامتيازات وهو خاص بالبحث فى الاختصاص القضائى أكثر منه فى الامتيازات الأخرى

وأولى ملاحظاته أن المعـاهدات التى عقدها صلاح الدين لم تمنح الاجانب امتيازاً الا فيما يتعلق بصلاتهم فيما بينهم فقط . لذلك كان تدخل القاضى الشرعى أمراً واقعاً فى كل المسائل التى كان يخشى أن يتحيز فيها ، لأنه كان من حقه الفصل فى المنازعات التى تقوم بين الاهالى والاجانب . فالقول بأن الامتيازات وضعت

---

(٢) دو روزاس الجزء الاول ص ٢٠ و ٢١

[١٥٧] (١) دو روزاس الجزء الاول ص ٢١ و ٢٢ و ص ١٢٢ و ١٢٣ حيث يرى الاستاذ أنه فى اليوم الذى يتم فيه تماضد المسلمين والمسيحيين على السواء فى اقامة الاصلاح الادبى فى الامبراطورية العثمانية وفى اليوم الذى تصبح فيه القوانين العثمانية مفصولة فعلا عن الدين يصح أن يحصل الـكلام فى الغاء الامتيازات ! ! ! ولـكنها الغيت الآن وكان لازماً لالغائها أن تقوى تركيا الى الحد الذى تستطيع به أن تجبر العالم المسيحى على احترام ارادتها

لحماية الاجانب من السلطة المحلية قول سقيم ولذلك يجب البحث عن سبب آخر غير حماية الاجانب

شيوع القضاء القنصلى فى اوربا

الملاحظة الثانية ان القضاء القنصلى لم يكن مقصوراً على البلاد الاسلامية بل كان موجوداً أيضاً فى البلدان الفرنسية والايطالية فمثلا من الثابت أن « كونت دو تولوز » قد منح امتيازات لقناصل مدينة جنوا الايطالية . وكان يوجد قناصل لمدينة فلورنسا فى مدينة لندن من سنة ١٤٩٢ ومن الامتيازات ما كان للمسلمين فى البلاد المسيحية اذ من الثابت انه فيما بين بعض الامراء المسلمين والملوك المسيحيين كانت الامتيازات متبادلة فقد حصل الاتفاق بين بايزيد الاول ومراد الثانى من جهة ؛ وبين امبراطور البيزانتيين المسيحى وحكومة البندقية من جهة أخرى على أن يكون للمسلمين قضاة أتراك فى القسطنطينية وفى سالونيك اللتين لم تكونا قد دخلتا فى حكم المسلمين فى ذلك الوقت .

امتيازات للمسلمين على المسيحيين

الاسلام لا يتنحى عن الحكم مطلقا

الملاحظة الثالثة أن تفسير المسيو دو روزاس لا يلتئم مع نظرية القضاء فى الاسلام لأن هذه تجيز للقضاة أن يحكموا فى كل المنازعات التى يكون فيها أحد الخصوم — سواء فى ذلك المدعى عليه أو المدعى — من المسلمين وبذلك يكون هذا القضاء مختصاً فى القضايا المختلطة وفوق ذلك فانه يعتبر نفسه مختصاً بالحكم فى القضايا الحاصلة بين غير المسلمين اذا ترافع اليه أحدهم وأخيرا يعتبر نفسه مختصاً أيضا فى جميع القضايا الحاصلة بين الذميين والاجانب اذا رضى أحد الخصوم باختصاصه . والحكومة الاسلامية ترى الحماية واجبة عليها لجميع رعاياها بلا تمييز فى الدين بل بالعكس ان احترام الاديان الاخرى هو الذى جعل القضاء المحلى يتخلى عن القضايا الحاصلة بين غير المسلمين فيما بينهم . ولكن يجب أن يفهم جيدا أن القضاء الاسلامى لا يتخلى عن الحكم فى أية قضية الا اذا اتفق الخصمان على عدم عرض قضيتهم عليه[٢]

---

(٢) بركات بك ص ٩

وانتقل الاستاذ بعد ذلك الى بيان تطورات اختصاص القضاة الشرعيين فقال ان هذا التطور قد حصل — على عكس النظرية التى يقول بها المسيو دو روزاس وغيره — فى السبيل المؤدية الى اخراج القضايا المختلطة من اختصاص قضاة الاسلام ويجب أن نعتبر ما بقى من الاختصاص فى ايدى القضاة كدليل على سبق اتساع اختصاصهم لا كاختصاص جديد اعطى اليهم ابتداءً وعلى شكله الحاضر

سبب اهمال اختصاص القاضى

ويرى الاستاذ بركات بك أن السبب الحقيقى لاختصاص القناصل فى القضايا المختلطة هو أن المدعى المصرى كان يرى من مصلحته أن يلتجئ الى القنصل ليطلب منه الحكم فى قضيته لأن سلطة القنصل الادبية على رعايا دولته ومعرفته التامة بهم كانت تجعله فى مركز ممتاز عن أى قاض آخر عند ما يفصل فى قضاياهم و يبادر الى مباشرة تنفيذ الحكم الذى يصدره . ولم يكن فى ذلك الوقت من المحتمل مطلقاً أن القنصل يظهر أى تحيز لأحد من مواطنيه وذلك لان مجرد تقديم القضية الى القنصل لا يحرم المدعى من أن يلتجئ من جديد الى القاضى أو رئيس ديوان الجرك ليطلب منه الحكم فى قضيته ؛ لذلك لم يكن القنصل ليقتصر على المحافظة على عدم اهاجة عواطف الوطنيين ضده بل انه كان يعلم أنه اذا حابى أحد مواطنيه فان هذا لا يمكنه أن يستفيد من هذه المحاباة اذ كان من الجائز فى كل وقت للقضاء الاقليمى أن يتدخل و يحكم اذا شاء . لذلك كان تدخل القنصل حاصلا من باب الصداقة ليس الا amicabiliter وفى المسائل الجنائية كان تدخله لاصلاح ذات البين وكان للقاضى الحق دائماً فى التدخل سواء كان النزاع مدنياً أو جنائياً ولكن مع الاسف لم يكن هذا القاضى فى مركز يسمح له بأنه يباشر أمور العدالة . اذ كانت معلوماته عن العادات والاصطلاحات التجارية قليلة جداً ولم يكن فى استطاعته دائماً أن يظهر الكفاءة اللازمة أو التسامح الواجب فى معاملة الاجانب لذلك حصل تفضيل رئيس ديوان الجرك عليه فيما يتعلق بالاختصاص وجعل الاختصاص فى بعض المسائل من شأن قاضى القسطنطينية وحده (امتيازات

مدينة فلورنسا سنة ١٤٦٠) وكان حكم الرئيس أو قاضى القضاة جائز الاستئناف أمام السلطان . ولذلك جاء زمن وجد الناس فيه أن الأولى لهم هو رفع الامر الى السلطان مباشرة فى المسائل المهمة وقد ساعد على سرعة هذا التطور أن الباب العالى ترك هذه النظامات بلا تغيير ولا تبديل ردحاً طويلا من الزمان

سبب بقاء الامتيازات

وفى هذه الاثناء كانت أوروبا تتقدم وتصلح من شأن نظاماتها وتغير فى افكارها وعقائدها بينما الفوضى والاستبداد والحروب الداخلية لم تدع للشرق لحظة واحدة يتفرغ فيها للاصلاح . كانت أوروبا لا تفتر عن طلب المنح والامتيازات وكان الامراء يوافقون او يقاومون بحسب الظروف : فتركيا التى كانت دائماً تحافظ على سيادتها الاقليمية كانت تأبى الموافقة على ما يطلبه منها قناصل الدول الاوروبية ولكن مصر التى تطلعت الى الاستعانة باوروبا بالعكس أهملت تنظيم نفسها ورفع مستوى الاهالى والاجانب على السواء واقتنعت بأن اغدقت على الأجانب امتيازات لا حصر لها طلباً فى رضاهم . ولم يلتفت أولو الأمر فى مصر الى عمق الهوة التى أوقعوا بلادهم فيها الا فى زمن نوبار باشا حيث بدأو فى التفكير فى الاصلاح القضائى[1]

تاريخ الامتيازات

١٥٩ — هذا والامتيازات الاجنبية مذكورة فى مجموعة من المعاهدات أهمها المعاهدتان الآتيتان :

أولا : معاهدة سنة ١٥٣٥ وهى التى يطلق عليها « الامتياز الأول » La première Capitulation وان لم تكن هى الاولى من نوعها ولكنها هى أول معاهدة ذات أهمية كبرى

ثانياً : معاهدة سنة ١٧٤٠ وهذه تسمى المعاهدة الكبرى أو الامتياز الاكبر La Grande Capitulation وكلاهما معقود بين فرنسا وتركيا

---

[١٥٨] (١) بركات بك ص ١٤

وقد كانت الامتيازات الاجنبية فى أول نشأتها مؤقتة بأجل المعاهدات يجب تجديدها كلما تولى سلطان جديد ولكنها أصبحت نهائية فى سنة ١٧٤٠ بمعنى أنها لم تكن فى حاجة الى التجديد وهذان الامتيازان خاصان بفرنسا ولكن الدول الاخرى حصلت بالتدريج على نفس الامتيازات التى حصلت عليها فرنسا وحاولت تركيا فى سنة ١٨٥٦ أن تتخلص من الامتيازات فى مؤتمر باريس فلم توافق الدول على ذلك . وكانت الامتيازات تجارية فى أول الامر ثم انقلبت مع الزمان الى حقوق سياسية كما سيتضح مما يلى . وقد زالت الآن الامتيازات الاجنبية نهائياً من تركيا بموافقة الدول بمعاهدة لوزان الموقع عليها فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ بعد أن كانت قد زالت فعلا من أول الحرب الماضية وأصر الاتراك على رفض الصلح اذا لم توافق الدول الاوروبية على زوال حقها نهائياً فى الامتيازات ففاز الاتراك بذلك نهائياً بعد ان حاولت أوروبا استبقاءها أو تحديدها أو أخذ ضمان آخر بدلا منها فلم تفلح . والامتيازات باقية فى مصر للآن وقد تغلغلت فيها وفى نظامها القضائى بشكل مريع بحيث يكاد يستحيل استئصالها الآن بدون ابقاء شيء من آثارها (على الاقل المحاكم المختلطة)

الامتياز الاول

١٦٠ — الامتياز الاول . لم يكن فى هذا الامتياز من أثر مطلقاً للاغراض السياسية وهو مكون من سبعة مواد أو رؤوس (capitula ومفردها capitulum وهو الرأس الصغير أو الفصل من كتاب أو نحوه) وهو منقسم الى قسمين مهمين الاول عبارة عن معاهدة تجارية Traité de commerce والثانى عبارة عن معاهدة لتنظيم الأمور بين البلادين Traité d'établissement

الجزء التجارى

فالجزء التجارى ينص على أن يكون لرعايا ملك فرنسا ولرعايا السيد العظيم Grand Seigneur الحق فى بيع وشراء واستبدال ومباشرة وحمل جميع أنواع البضائع غير الممنوع الاتجار فيها ، فى البر والبحر ، وذلك مع دفع الضرائب والرسوم المعتادة الجارى دفعها من قديم الزمان دون غيرها . فيدفع الاتراك فى بلاد

الملك ما يدفعه الفرنسيون ؛ ويدفع الفرنسيون فى بلاد السيد العظيم ما يدفعه الاتراك ولا يجوز ارغامهم على دفع ضرائب أو رسوم جديدة (بند ١٧٥)

الجزء التنظيمى

والجزء التنظيمى يضمن الحرية الشخصية للفرنسيين المقيمين أو المسافرين فى كل البلاد التابعة للامبراطورية العثمانية . ويضمن لهم الحرية الدينية ويعترف لملك فرنسا بحق تعيين واستبقاء قناصل له فى جميع المدن فى الامبراطورية العثمانية وينص على اختصاص هؤلاء القناصل دون المحاكم المحلية ، على رعاياهم فى المسائل الجنائية والمدنية طبقاً للقوانين الفرنسية ويمنح القناصل الفرنسيين حق طلب المساعدة من موظفى الحكومة المحلية العثمانية لتنفيذ الاحكام القنصلية كما ينص على حضور مندوب عن القنصل أمام المحاكم العثمانية عند نظر القضايا بين العثمانيين والفرنسيين (١)

أهمية التقسيم

هذا ويجب فصل الجزء التجارى عن الجزء التنظيمى فى الامتيازات لان الجزء التجارى قد تغير كثيراً مع الزمان ووضعت له معاهدات خاصة فيما بعد بينما الجزء التنظيمى ظل على حاله الى أن زالت الامتيازات الاجنبية من تركيا نهائياً فى سنة ١٩٢٣ وكان يوضع فى كل المعاهدات التى عقدت مع فرنسا فيما بعد ومع الدول الأخرى

امتيازات للدول الاخرى

١٦١ — وقد حصلت جمهورية البندقية (ڤينيزيا) على امتياز فى سنة ١٥٤٠ وانجلترا كذلك فى سنة ١٥٨٣ وهولاندا فى سنة ١٦١٣ وقد كانت هى وغيرها من الدول قبل امتيازاتها هذه ترفع العلم الفرنسى على مراكبها بموافقة الباب العالى وبنصوص صريحة فى الامتيازات الفرنسية المتجددة (١)

---

[٢٦٠] (١) دو روزاس ١ ص ٢٦ — ٢٨

[٢٦١] (١) وقد كانت فرنسا تمانع فى حصول الدول الاخرى على امتيازات مثلها حتى لا تقل سطوتها على الاجانب التى تعتبر حامية لهم من الوجهة التجارية بتصريح من الباب العالى وتاريخ ما دار من النزاع على هذه الامور خصوصا بين فرنسا وانجلترا وارد فى دو روزاس ١ ص ٢٩ — ٣٩

تطلع فرنسا الى حماية المسيحيين رسميا

١٦٢ — هذا ولما ارتقى لوى الرابع عشر على عرش فرنسا أراد أن يجعل لمطامعه السياسية الكبرى منفذاً فى البلاد العثمانية يخفف به من وطأة التزاحم التجارى الذى ازداد بحصول الدول الأخرى على امتيازات من تركيا فاراد أن يحصل من هذه على اعترافها بحق فرنسا فى حماية المسيحية الكاثوليكية فى الدولة العلية و بتنظيم هذه الحماية التى كانت موجودة لفرنسا فى الواقع لحد محدود على جميع رجال الدين المسيحى فى البلاد العثمانية ولكن سلطان تركيا أبى أن يعترف رسمياً بهذا الحق وصدر الامتياز فى سنة ١٦٧٣ خالياً عن ذكر حماية لوى الرابع عشر لحمى المسيحية فى تركيا . واكتفى بتقرير الحرية الدينية لرجال الدين التابعين للمذهب اللاتينى من رعايا فرنسا .

وهذا تأييد ضمنى محدود لحق الحكومات الأجنبية فى التدخل فى الامور الدينية المسيحية فى بلاد الاسلام (1)

الامتياز الاكبر

١٦٣ — وقد جعل امتياز سنة ١٧٤٠ حقوق الاجانب ثابتة بشكل نهائى بدون حاجة الى تجديدها (بند ١٥٩) وهو يشتمل على خمس وثمانين مادة وهو أكمل من أى امتياز آخر أعطى من قبله

امتيازات الدول الاخرى

١٦٤ — وما كاد ينتهى القرن الثامن عشر حتى منحت الامبراطورية العثمانية امتيازات لجميع ممالك أوروپا ما عدا سويسره وكانت كلها على نمط الامتياز الفرنسى المعقود فى سنة ١٧٤٠ ونظراً لأن كل دولة تحصل على امتياز تضع فيه شرطاً خاصاً يضمن لها جميع المنافع التى تحصل عليها أية دولة أخرى تكون قد فضلت عليها فى شيء ما، وسمى هذا الشرط « شرط الامة الاكثر تفضيلا »
Clause de la nation la plus favorisée

وفى سنة ١٨٣٠ حصلت الولايات المتحدة الامريكية على امتياز وفى سنة ١٨٣٨

---

[١٦٢] (١) قارن دو روزاس ٤١—٥٥

[١٦٣] (١) جميع الامتيازات منشورة تفصيلا فى قاموس القضاء والادارة للمرحوم جلاد بك تحت أسماء الدول المختلفة

حصلت البلجيك على امتياز لها وكذلك وأخيراً حصلت بلاد اليونان على امتياز خاص بها فى سنة ١٨٥٥

زوال الامتيازات فى تركيا

١٦٥ — هذا وليس من فروق محسوسة بين الامتيازات التى منحت قديماً والامتيازات الحديثة العهد نوعاً فانها لم تتغير فى جوهرها ولكن الذى تغير هو قوة الامبراطورية العثمانية التى كلما اضمحل جزء منها ازدادت دول أوروبا طمعاً فيها وتشبثاً بأحقيتها ومشروعيتها وطلب المزيد منها ومع ذلك فان الامتيازات الاجنبية أصبحت الآن فى تركيا أمراً تاريخياً فقط وبقى دور القطر المصرى فى اثبات حقه أمام الدول الاجنبية فى الغاء الامتيازات ولو تدريجياً . ان التطور الذى حصل أخيراً فى القطر المصرى قد أثبت لكل انسان انه لا معنى مطلقاً لا نتقاص السيادة الوطنية المصرية بوجود امتيازات تقف حجر عثرة فى سبيل كل رقى مادى وأدبى فى البلاد وتشل حركة الحكومة عن العمل فيما هو من واجباتها نحو أهالى البلاد ونحو الاجانب أنفسهم الذين تتأثر مصالحهم حتما تأثيراً سيئاً بضعف سلطة الحكومة المحلية ضعفاً عاماً اذ لا معنى لزيادة التشديد على أهالى البلاد فى ضرائب ونظام وغير ذلك فى مقابل اراحة الضيوف المستمرين وعدم مشاركتهم لاخوانهم أهالى البلاد فيما يجب عليهم من الواجبات وهذا موضوع عام لا محل هنا لزيادة التبسط فيه

دور مصر

ما عملته تركيا لالغائها

١٦٦ — ويجدر بنا قبل أن ننتقل الى بيان حقوق الاجانب فى مصر الآن أن نشير الى أن تركيا قد بذلت غاية جهدها فى ارضاء الاجانب وتقرير الحقوق العامة والخاصة لكل من تظله سماؤها وأصدرت قرارين عظيمى الشأن فى التاريخ تقرر بهما اعترافها بالمبادئ الحديثة المتبعة فى الحكومات المتسامحة وهما الخط الشريف المنسوب الى جلخانه أو لائحة التنظيمات، الصادر فى سنة ١٨٣٩ والخط الهمايونى الصادر فى سنة ١٨٥٦ قبيل افتتاح مؤتمر باريس الذى عقد فى ٢٨ فبراير سنة ١٨٥٦ ولغاية هذا التاريخ لم تكن تركيا معتبرة من هيئة الدول الاوروبية فقرر المؤتمر فى ١٨ مارس سنة ١٨٥٦ السماح لها بذلك فدخلت فى عداد عصبة

الامم الاوروپية ونص فى المادة السابعة من معاهدة پاريس على أن « أصحاب الجلالة (ملوك أوروبا) يقررون السماح للباب العالى بأن يشترك فى الانتفاع من مزايا القانون العام وهيئة الدول الاوروپية ويتعهدون ، كل منهم من جهته ، باحترام استقلال وسلامة أراضى الامبراطورية العثمانية ويضمنون جماعةً مراعاة هذا التعاهد مراعاة دقيقة ولذلك يعتبرون أن كل عمل من شأنه المساس بذلك هو من المسائل ذات المصلحة العامة[1]

كسبها الصلح بمعاهدة لوزان

ومع ذلك فقد كابدت تركيا من الاهوال بعد ذلك على أيدى الدول الاوروپية خصوصاً على أثر انتهاء الحرب الاوروپية العظمى ما تمزق به شمل امبراطوريتها الكبيرة الى أن جمع شتات العناصر التركية الخالصة بطل تركيا الحديثة الغازى مصطفى كمال باشا فبعد أن قواها من الوجهة المادية وجعل نواة الدولة الجديدة بعيداً عن منال الجيوش والاساطيل الاوروپية كسب المفاوضات بينه وبين الدول الاوروپية فى مؤتمر لوزان وحصل على اقرار منها بكامل حقوق السيادة الواجبة للحكومة « التركية » الجديدة وعلى الغاء الامتيازات والحمايات وسائر أنواع أسباب الضعف التى فتكت بالامبراطورية « العثمانية » القديمة أشد فتك ونكلت بها تنكيلا[2]

---

[١٦٦] (١) دو روزاس ١ ص ١١٤ وهذا نص المادة بالفرنسية

« Leurs Majestés déclarent la Sublime Porte admise à participer aux avantages du droit public et du concert européens. Leurs Majestés s'engagent, chacune de son côté à respecter l'indé pendance et l'inté grité territoriale de l'Empire Ottoman, garantissent en commun la stricte observation de cet engagement et considéreront en conséquence tout acte de nature à y porter atteinte comme une question d'intérêt général »

(٢) من المفيد جدا مطالعة مقالة الاستاذ بارتلمى المدرس بجامعة پاريس فى المجلة السياسية والبرلمانية Révue Politique et Parlementaire عدد ١٠ اغسطس ١٩٢٣ السنة الثلاثين ص ٣٠٤ — ٣١٣ والمقالة الافتتاحية فى العدد نفسه من المجلة للاستاذ

تحور الامتيازات فى مصر

١٦٧ — كيف تحورت الامتيازات الاجنبية فى مصر : تحورت هذه الامتيازات أولا بحكم العادة التى جرت على خلاف نصوصها فى مواطن كثيرة وكان لها شأن خاص فى تفسيرها وتطبيقها . وثانياً تحورت بمقتضى الوفاق الذى أنشأ المحاكم المختلفة وغيره من الاتفاقات اللاحقة له. أما الدول التى تتمتع بالامتيازات الاجنبية فى مصر الآن فهى البلجيك والدنمارك واسپانيا والولايات المتحدة الامريكية وفرنسا وانجلترا واليونان وايطاليا وهولاندا والپرتغال والسويد والنرفيج

سقوط امتيازات المانيا

أما المانيا فانها تنازلت عن الامتيازات التى كانت لها فى مصر بعد أن اعترفت بالحماية البريطانية عليها مادة ١٤٧ من معاهدة ڤرساي التى عمل بها من يناير سنة ١٩٢٠ ويستند هذا التنازل الى ٤ اغسطس ١٩١٤ وهو تاريخ دخول انجلترا فى الحرب الاوروبية المشؤومة وبمقتضى المادة ١٤٨ منها تعتبر جميع المعاهدات بين مصر والمانيا لاغية الغاء مستنداً كذلك . وتعهدت المانيا بألا تتدخل بأى شكل فى المفاوضات التى تحصل بين انجلترا والدول الاجنبية بخصوص مصر وبمقتضى المادة ١٤٩ تختص المحاكم القنصلية البريطانية بالحكم فى كل ما يتعلق بالالمانيين وأموالهم فى مصر وذلك الى أن يصدر قانون مصرى بتنظيم القضاء فى مصر وانشاء محاكم عامة لها اختصاص عام على جميع الناس (المرافعات بند ١١٢)

النمسا

وقد تضمنت معاهدة سان جرمان مع النمسا (مادة ١٠٢ — ١٠٩) مثل النصوص التى وضعت لالمانيا

ويظهر أن النية منصرفة الآن الى تحديد حقوق الالمانيين فى مصر طبقاً للمادة ١٥٠ من معاهدة ڤرساى التى تنص على أن للحكومة المصرية الحرية المطلقة فى تحديد حالة الالمانيين فى مصر والشروط التى يجب توافرها لمن يريدون منهم

ميستر Mestre المدرس بجامعة باريس أيضا فى حقوق الاجنبي فى تركيا بعد معاهدة لوزان ص١٧٩ — ٢٠٦ ومقالة اخرى فى مجلة العالمين Les deux mondes عدد اغسطس ١٩٢٣ ص ٧٠٧ — ٧٢٠

ان يتخذوا مصر مستقراً لهم ولكن للآن لم تتخذ مصر أى قرار بالنسبة لهم وقد أصبح المركز دقيقاً بعد استقلال مصر الذى أعلن فى ٢٨ فبراير ١٩٢٢

بيان الامتيازات

وهاك بيان اجمالى للحقوق المختلفة التى أصبح الاجانب يتمتعون بها بمقتضى الامتيازات محورة كما ذكر : —

١ : حق الانتقال والاقامة

١٦٨ — أولا : حق الانتقال والاقامة فى داخل القطر وهذا الحق يكاد يكون كاملا ومطلقاً اذ قد تكفلت العادة بعدم الزام الاجانب بالحصول على جوازات السفر passports وبزوال القيود الاخرى التى ينص عليها القانون العثمانى(١)

جوازات السفر فى مصر

ومع ذلك فقد قضت حالة الحرب بضرورة الحصول على جوازات السفر وظلت الحالة هكذا فى وقتنا الحاضر رغم زوال الاحكام العرفية البريطانية وذلك بمقتضى قرار أصدره وزير الداخلية فى ٤ يوليه سنه ١٩٢٣ بعد موافقة مجلس الوزراء للعمل به مؤقتاً مع عدم الاخلال بما قد يوضع من الاحكام فى أمر المهاجرة الى الديار المصرية وقد نص فيه على انه لا يجوز لأى شخص أن يدخل القطر الا اذا كان حاملا جوازا passport او تذكرة مرور Laissez-passer من السلطة ذات الشأن فى البلاد التى يكون تابعاً لها أو من القنصلية السياسية لبلاده أو من السلطة ذات الشأن فى البلاد التى يقيم فيها . ويجب أن يؤشر على الاوراق المذكورة ماعدا جوازات السفر المصرية، من السلطة السياسية أو القنصلية المصرية فى الخارج؛ وتقوم السلطات البريطانية ذات الشأن فى مباشرة الاختصاصات المخولة فى أمر جوازات السفر الى وكلاء مصر السياسيين أو القنصليين فى الخارج طبقاً للتعليمات التى يقرها وزيرا الداخلية والخارجية الا اذا عهد فى ذلك الى سلطة أجنبية أخرى بقرار من مجلس الوزراء (وذلك لا يكون بالطبيعة الا اذا كانت انجلترا فى حالة حرب مع الدولة

---

[١٦٨] (١) دوروزاس ١ ص ١٤٩ ،، بخصوص تركيا وجزء ٢ ص ١٨١ ،، بخصوص مصر وتراجع اللوائح العثمانية المتعلقة بجوازات السفر فى قاموس القضاء والادارة تحت كلمة Passports جزء ٣ ص ٦٢٥ ،،

التى يناط فيها الأمر المذكور بوكلاء دولة أخرى — قارن بند ٢٠٦ فى الحمايات وذلك لان انجلترا لا تسمح لمصر بأن تمثلها اية دولة أجنبية أخرى) وجواز السفر يكون صحيحاً لمدة سنتين من تاريخ اصداره أو من تاريخ تجديده ؛ ولا يجدد لمدة تزيد فى مجموعها عن عشرة سنين من يوم صدوره بعكس تذكرة المرور فانها تكون صحيحة لمدة سنة ولا تمتد مدتها بعد التجديد لاكثر من خمس سنوات من تاريخ تسليمها

ولا يجوز لاى شخص أن يخرج من القطر المصرى الا اذا كان حاملا جواز سفر صادراً من قسم الجوازات فاذا كان أجنبياً يصدر الجواز من السلطة التى يكون الشخص تابعاً لها[٢] والجزاء على مخالفة احكام القرار هو المنع من النزول الى البر والمنع من السفر

القبض على الاجانب

هذا ويجوز للبوليس المصرى القبض على كل شخص تابع لدولة أجنبية فى حالة التلبس بالجناية وكذلك اذا كان مطلوباً البحث عنه بأمر القنصل التابع له لجناية أو جنحة ارتكبها و يرسل فى الحال الى مركز البوليس ومنه الى القنصلاتو التابع لها بأسرع ما يمكن[٣]

طرد الاجانب

وقد اتفقت الحكومة المصرية مع ممثلى الدول الاجنبية فى مصر فى سنة ١٨٦٦ على جواز طرد الاجانب من القطر المصرى اذا لم يكن لهم موارد للكسب وكان سلوكهم يضر بالآداب أو بالامن العام ولكن بشرط موافقة القنصل على ذلك واذا لم يقبل القنصل فتعرض المسألة على لجنة من القناصل مكونة بالاتفاق بين الحكومة المصرية والقنصل المختص . ومع ذلك فقد حكمت المحاكم المختلطة بأن للحكومة

---

(٢) وقد نص القرار على تفصيلات أخرى وهو منشور فى الوقائع الرسمية عدد ٧٧ الصادر فى ٢ اغسطس ١٩٢٣ ص ١٠ و ١١ وعمل به ابتداء من ٥ يولية ١٩٢٣

(٣) مادتى ١٤٣ و ١٤٥ من قانون البوليس المصرى والمادة ٥ من القرار الصادر فى ٢٨ اكتوبر ١٨٩٣ بتعليمات للبوليس المصرى .

المصرية حق طردهم فى حالة اضرارهم بالامن العام أو براحة الاهالى (٤)

الحرف والفنون والصناعات

هذا وفيما يتعلق بحقوق الاجانب فى ممارسة أى صناعة أو حرفة أو فن أو تجارة قد أصدرت الحكومة المصرية أمراً عالياً بتاريخ ٨ مارس سنة ١٨٩١ بعد تصديق الدول عليه ويسمى «قانون رخصنامات الصنائع» Loi sur les patentes أقرت فيه بأنه مباح لكل شخص قاطن بالديار المصرية وطنياً كان أو أجنبياً أن يمارس أى صنعة أو حرفة أو تجارة على شرط مراعاة القوانين العمومية المتبعة فى القطر المصرى ويستثنى من ذلك الصنائع الخطرة أو التى تكون متعلقة بأشياء احتكرتها الحكومة أو يمكن أن تحتكرها فى المستقبل (٥)

٢ : حرمة المساكن

١٦٩ — ثانيا : حرمة المساكن Inviolabilité du domicile وهذه قد حصل التوسع فى معناها بحيث اتسع نطاق هذا الحق فبعد أن كان مقصوراً بحكم الاتفاقات الدولية على منازل السكن وملحقاتها من حدائق ورحبات مسورة أصبح الآن فى مصر شاملا لجميع المحلات التى يتعاطى فيها الاجنبى التجارة أو الصناعة أو الحرفة أو الصنعة على العموم . وكم تمسكت الحكومة المصرية بالنصوص الخاصة بالموضوع فلم تدعن الدول لما جاء فى تلك النصوص وتمسكت هى أيضاً بحكم العادة التى جرت من قديم باحترام التفسير الواسع كما سيبين فى بند ١٩٩

بروتوكول بوريه

والنصوص الخاصة بالموضوع موجودة فيما يسمى بروتوكول بوريه Protocole Bourée وهو الاتفاق الذى تم بين فرنسا والدولة العلية على يد السفير الفرنسى المسيو بوريه فىسنة ١٨٦٨ ووافقت عليه الدول الاخرى بعد ذلك والذى بمقتضاه وضعت الحلول المناسبة للمسائل التى طرحها الباب العالى وطلب من الدول الموافقة

---

(٤) راجع الاتفاق والاحكام فى جلاد بك ، قاموس القضاء والادارة الفرنسى تحت كلمة اجانب جزء ٢ ص ٦٥٤

(٥) وفيما يتعلق بالرسوم التى تضربها الحكومة على ذوى الصناعات كالاطباء مثلا وما حصل فيها من معارضات بعض الدول الاجنبية راجع بند ١٩٩

عليها قبل تنفيذ الفرمان الذى منح الاجانب فى سنة ١٨٦٧ حق تملك العقارات فى البلاد العثمانية فيما عدا الحجاز[١] . وقد وضعت النصوص المذكورة ، فى المادة ١١ من التعليمات المصرية الصادرة الى البوليس المصرى فى ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٩٣ بخصوص حقوقه قبل الاجانب فقالت المادة المذكورة ان المقصود بالمحل أو السكن Domicile ou demeure « البيت وما يتبعه من الملحقات كالابنية الخارجة والاحواش والجناين والمحلات المتصلة بها المحاطة بالاسوار . وأما خلاف هذه الاملاك فلا يدخل تحت تلك العبارة ولا يتوقف البوليس عند تنفيذ اجراءاته فى الاماكن الخارجة عن محل السكن » ويلاحظ الفرق بين القواعد الموضوعة للبوليس عند ما يكون محل الاجنبى واقعاً على أقل من مسافة تسع ساعات وعند ما يكون واقعاً على بعد تسع ساعات من القنصلية ففى الحالة الاولى يكون حضور القنصل ضرورياً الا عند الاستغاثة من الداخل بطلب المساعدة أو عند حدوث حريق أو غرق أو اذا صرح صاحب المنزل بالدخول من تلقاء ذاته وفى الحالة الثانية تخف الاجراءات و يستغنى عن حضور القنصل فى أغلب الاحوال[٢]

المساكن فى نظر البوليس المصرى

وقد اعترضت الدول الاجنبية على خطة الحكومة المصرية فى تمسكها بالمعنى

احتجاج الدول

---

[١٦٩] (١) دو روزاس ١ ص ٤٦٥ و ٢ ص ١٨٢ والنص العربى منشور فى مجموعة القوانين والقرارات لكامل بك مرسى وعبد الفتاح بك السيد القسم الاول ص ٣٧—٣٩ وقد جاء فيه تعريف المحل كما يأتى : منزل السكن ومشتملاته أى المطبخ والاسطبل وأمثالهما والاحواش والجناين والمحلات المتصلة بها المحاطة باسوار ما عدا جميع الباقى من أجزاء الملك فانه لا يعد محل اقامة والسبب الذى أورده المسيو بوريه فى منشور ايضاحى هو انه ما كان يصح أن مقدارا واسعاً من الاراضى بمجرد كونه ملكا لاجنبى يعد كمحل اقامة غير مأذون لمأمورى الحكومة المحلية الحضور اليه أو الدخول فيه ، وطلب الحصول على أكثر من ذلك يعد من قبيل الزعم بأن كل أرض يملكها أجنبى حق لها الامتياز بمعاملتها حسب قانون الدولة التابع لها المالك وكان ذلك يعد تناقضاً فى الطلب لانه من الطلبات المستحيلة اذ أن الباب العالى لا يسمح مطلقاً بجعل الاملاك العقارية فى البلاد العثمانية خاضعة لاحكام الدول الاجنبية

(٢) هذه المسائل واردة فى قانون البوليس المطبوع سنة ١٩٠٦ تحت مادة ١٥٣ — ١٦٠ وفيها تفاصيل بخصوص الاجراءات التى تتبع فى كل الاحوال وهى مأخوذة فى الاصل عن قانون امتلاك الاجانب للعقارات فى الدولة العثمانية الصادر فى سنة ١٨٦٧

الضيق مدعية بأن اتفاق بوريه لم توافق عليه الدول بالنسبة لمصر ولم تتمسك به الحكومة المصرية الا بعد مرور نحو عشرين عاماً عليه (راجع بند ١٩٩)

٣: حرية الاديان

١٧٠ — ثالثاً : حرية الاديان وهذه كاملة فى مصر الا فيما يتعلق بأمر واحد قيدت فيه العادة هذه الحرية وهو أن الشعائر الدينية يجب دائماً أن تحصل داخل الكنائس الا فى حالة الوفاة . وفى تركيا لا يجوز مطلقاً انشاء كنيسة أو تعميرها الا بتصريح خاص من الحكومة العثمانية

هذا وقد نصت المادة ١٢ من الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٢٣ على أن حرية الاعتقاد مطلقة ، والمادة ١٣ على أن تحمى الدولة (المصرية) حرية القيام بشعائر الاديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية فى الديار المصرية على أن لا يخل ذلك النظام العام ولا ينافى الآداب

٤: حرية التجارة

١٧١ — رابعاً : حرية التجارة : لغاية سنة ١٨٧٣ كانت علاقات مصر التجارية بالدول الاجنبية تابعة فى المسائل الكمركية للمعاهدات المبرمة بين الباب العالى والدول الاجنبية وللنظامات التى صدرت بعدها لتكون سارية فى جميع الممالك العثمانية ؛ وفى تلك السنة حصل الخديوى اسماعيل باشا على فرمان يبيح لمصر حق عمل معاهدات تجارية خاصة بها [1]. وقد انتفعت مصر من ذلك الفرمان ابتداء من سنة ١٨٨٤ حيث كانت المعاهدات العثمانية قد انتهت مدتها

والنظام المصرى الحالى نظام واحد بالنسبة لجميع الدول التى دخلت فى معاهدات مع مصر [2] الا أن مصر قد حفظت لنفسها الحق فى عمل اتفاقات خاصة

---

[١٧١] (١) نص فى الفرمان المذكور على انه قد « رخص لخديوى مصر ايضا فى تجديد وعقد وفاقات مع معتمدى الدول الاجنبية بلا اخلال بالمعاهدات السياسية لبابنا العالى وذلك فيما يتعلق بالكمارك والتجارة وكل العلائق الخاصة بالاجانب وجميع المسائل الداخلية وغيرها فى البلاد بقصد تقدم التجارة والصناعة ووضع نظام للاجانب خاص بالضبط وبمجالسهم وعلاقتهم مع الحكومة والاهالى »

(٢) وهى بريطانيا العظمى والبرتغال والنمسا والمجر وبلجيكا وايطاليا والمانيا واليونان

مع تركيا و بلاد العجم وآخر معاهدة تجارية أمضتها مصر حصلت فى سنة ١٩٠٢ وصدق عليها فى سنة ١٩٠٦ (٣)

قانون الجمارك المصرية

١٧٢ — هذا وليس من غرضنا أن نشرح النظام التجارى المقرر بالمعاهدات فان هذا ليس محله (١) ولكن يكفى أن نقرر أن اشتراط الحصول على المنافع الممنوحة للدولة الاكثر رعاية أو تفضيلا فى المعاملة يجعل النظام واحداً لجميع الدول التى تعاقدت مع مصر (بند ١٦٤) (٢) وهذه الدول قد وافقت جميعها على قانون الجمارك المصرية Règlement douanier الذى ينص على الجزاءات اللازمة لحفظ الاتفاقات المذكورة وضمان تنفيذها . فقد نص على معاقبة التهريب وعلى ارتكاب أية مخالفة لقانون الجمارك وفيه بيان لحق السلطات المصرية فى المراقبة والتفتيش براً وبحراً

ففى البر هذا الحق ثابت فى جميع جهات القطر فيما يختص بالبضائع الممنوعة أو المحتكر بيعها للحكومة ، وبالدخان والتمباك متى كان تداولهما بوجه مخالف للنظامات أما فيما يختص بالبضائع الاخرى فهذا الحق مقصور على ما يسمى دائرة المراقبة Zone de surveillance وهذه حدها كيلو متران اثنان من حدود مصر البرية أو من ساحل البحر المالح ومن ضفتى قنال السويس والبحيرات التى يمر بها وفيما وراء هذه الحدود يجوز نقل البضائع بحرّية غير ان البضائع المهربة التى يطاردها عمال الحكومة يجوز ضبطها ولو بعد قطعها حدود دائرة المراقبة

وللجمرك حق الكشف والتفتيش على القوافل المارة فى الصحراء متى اشتبه

ووافقت على هذه المعاهدات الولايات المتحدة الامريكية وهولاندا والسويد والنرفيج واسبانيا واما البلاد الخارجة عن هذه الاتفاقات فتستمر معاملتها بمقتضى احكام المعاهدات التركية

(٣) دو روزاس ٢ ص ١٩٠

[١٧٢] (١) جميع المعاهدات التى عقدتها مصر منشورة فى قانون الكمارك المصرية من ص ٣ الى ص ١١٦

(٢) دون الدول التى استمرت على الحالة القديمة (س م ٢ يناير ١٩٠١ القضاء ٨ ص ١٠٣) وورد فى مقدمة قانون الجمارك

بكونها تتعاطى تجارة يمنعها القانون ؛ وفى البحر يستعمل هذا الحق فيما يسمى دائرة المراقبة البحرية Zone de surveillance maritime وتمتد الى عشرة كيلومترات من الشاطئ ولكن يشترط من أجل التفتيش أن تكون حمولة السفينة الاجنبية تقل عن مائتى طن وأن تكون مشبوهة . ولكن هذا القيد لا يشترط اذا كانت السفينة داخل احدى المين فاذا كانت فى ميناء صح تفتيشها بشرط اشعار القنصل مقدماً حتى يحضر اذا أراد وهناك تفاصيل أخرى فى هذه المسائل و بيان للاجراءات التى تتبع فى كل حال ويرجع فيها كلها الى قانون الجمارك الذى وافقت عليه الدول وقد نص فيه على عقوبة المصادرة وعلى الغرامات التى تحكم بها لجنة الجمارك La Commission douanière ويعارض فى قراراتها أمام محكمة التجارة المختلطة[1] و يستأنف حكم محكمة التجارة دائماً أمام محكمة الاستئناف العليا[2]

نظام التجارة المصرى

١٧٣ — هذا وتتلخص المبادئ الاساسية المبنية عليها الاتفاقات التجارية المصرية الخاصة ، فيما يأتى

أولا : حق التصدير يكاد يكون غير مقيد ومع ذلك فلمصر أن تمنع تصدير

---

[١٧٢] (١) تفاصيل هذه المسائل فى دو روزاس ٢ ص ٢١٩—٢٣٩ وفى قانون الكمارك مادة ٣٢ تحت عنوان الملاحظة فى البحر وقد نص فى المادة المذكورة على انه اذا طارد عمال الكمارك أو ضباط سفن البوسطة المصرية أو ضباط سفن الحكومة سفينة تقل حمولتها عن ٢٠٠ طن وامتنعت عن تمكينهم من الصعود اليها يجب عليهم رفع الراية أو اشارة قاربهم أو سفينتهم وانذار السفينة المطاردة بطلق بارود فاذا لم تقف يطلق طلق ثان من قنابل أو كلل على شراعها وبعد هذين الانذارين يستعمل المطارد الاسلحة استعمالا حقيقيا ويجوز استمرار المطاردة وضبط السفينة فيما وراء عشر كيلو مترات واما السفن التى تزيد حمولتها عن ٢٠٠ طن فتكون الملاحظة قاصرة على مراقبة حركاتها على طول الساحل وفى حالة الشروع فى تفريغ بضائع يجوز للعمال والضباط المذكورين اجبارها على مرافقتهم الى الكمرك الاقرب او الاسهل وصولا ويحررون محضراً بالمخالفة . اما السفن والقوارب والمراكب الحربية الخاصة بالدول الاجنبية فلا يجوز تفتيشها بل يجب الاقتصار على مراقبة حركاتها واذا رأوا دلائل التهريب فيبلغون ادارة الكمارك الحوادث التى شاهدوها وتصت المادة ٣٣ على لجان الكمارك وما يتعلق بعملها

(٢) احكام الاستئناف الواردة فى قانون الجمارك مادتى ١٣٩٢ و ١٣٩٣

أى صنف تريد بشرط أن تجعل المنع عاماً سارياً على كل الدول ؛ وحق تصدير الاشياء الاثرية ممنوع الا بتصريح خاص

ثانياً : حق الاستيراد مقيد ببعض قيود ويجوز اتخاذ قرارات مؤقتة بمنع ادخال ما تقضى الصحة العامة بمنعه مثلا توريد المواشى من الجهات الموبوءة وهناك أشياء ممنوعة بصفة دائمة أو مقيدة بقيود خاصة وهى مذكورة فى الاتفاقات وهى المفرقعات وبعض أنواع الاسلحة والتمباك وملح البارود والملح والنطرون والحشيش أما الدخان فله نظام خاص ويجوز منعه بالكلية[1]

التجارة الداخلية ١٧٤ — أما فيما يختص بالتجارة الداخلية فى القطر فان الاتفاقات انما تتناول تنظيم بعض مسائل خاصة مثل الاتجار فى الاسلحة وفيما عدا ذلك فان التجارة الداخلية فى مصر مفتوحة للأجانب بصفة مطلقة [1] وللحكومة المصرية أن تضع الضرائب التجارية التى تراها لازمة — مثال ذلك ضريبة السكر الحديثة وضريبة الكؤل — ولكن يجب عليها الا تميز فى الموضوع بين الاهالى والاجانب ولها أن تضع من القرارات ما تشاء بخصوص الدخان والنطرون والملح وملح البارود والحشيش ولكن لا يمكنها أن تمنع الاتجار فى الدخان كما لا يمكنها أن تحتكره [2]

٥ : الضرائب ١٧٥ — خامسا : الاجانب معفون من الضرائب . القاعدة العامة أنه لا يمكن أن يلزم الاجانب فى مصر بدفع الضرائب التى تفرضها الحكومة المصرية عليهم الا اذا وافقت الدول عليها وهذه الموافقة قد حصلت فعلا فى أربعة أنواع من الضرائب وهى : —

(١) الرسوم الجمركية والضرائب التجارية (بند ١٧٤) المفروضة طبقاً للمعاهدات التجارية

---

[١٧٣] (١) تفاصيل هذه المسائل فى دو روزاس ص ١٩٨ — ٢٠٢

[١٧٤] (١) دو روزاس ٢ ص ٢٠٤ ،، و ٢٣٩ ،،

(٢) دو روزاس ٢ ص ٢٤٣

(٢) ضريبة الاراضى طبقاً للفرمان العثمانى الصادر فى شهر صفر سنة ١٢٨٤ (يونيه ١٨٦٧) وهو الذى أباح لهم حق تملك العقارات

(٣) عوايد المبانى طبقاً لاتفاق لندن الحاصل فى سنة ١٨٨٥ وللدكرتو الخديوى الصادر فى ١٣ مارس ١٨٨٤ الذى حصل الاتفاق عليه

(٤) عوايد مجلس بلدى اسكندرية طبقاً المادة ٣١ من الدكرتو الخديوى المؤرخ ٥ يناير ١٨٩٠

فاذا ما حصّلت الحكومة من أحد الاجانب رسوماً أو ضرائب غير ما ذكر كان له الحق فى طلب استردادها أمام المحاكم المختلطة التى تحكم طبقاً للمادة ١١ من لائحة الترتيب فيما يمس حقوق الأجانب المكتسبة بالمعاهدات[1]

وهاك بيان أهم القضايا الحديثة المختصة بالموضوع : —

قضايا الضرائب

(١) قضية الفيكونت دو فونتارس وقد حكم فيها فى ٢١ مارس ١٩١٢ (س م ، جازيت ٢ ص ١٢٢) بأن الضرائب التى تفرضها مجالس المديريات للصرف منها على المنافع العمومية ليست خاضعة لشرط موافقة الجمعية العمومية المقررة فى المادة ٢٤ من القانون النظامى الصادر فى أول مايو ١٨٨٣

(٢) قضية شركة سكة حديد القاهرة الكهربائية وواحة عين شمس لميتد التى حكم فيها فى ٣٠ ابريل ١٩١٣ (س م ، جازيت ٣ ص ١٥٨ نمرة ٣٤٠) بأن دكرتو ١٣ مارس ١٨٨٤ المصدق عليه باتفاق لندن فى ١٨٨٥ يعطى للحكومة المصرية الحق فى الحصول على ضريبة الواحد من اثنى عشر على جميع الاراضى المبنية فى مصر بدون لزوم لتصريح من الدول من أجل اضافة أسماء مدن جديدة فى الكشف أو توسيع نطاق المدن الحالية

(٣) قضية أوجست فاجيه ضد مديرية البحيرة بخصوص ضريبة الخفر

---

[١٧٥] (١) دو روزاس ٢ ص ٤٧١ — ٤٧٥

والتى حكم فيها فى ٨ ديسمبر ١٩١٧ (جازيت ٨ ص ٥٠ نمرة ١١٩ حكم المحكمة الجزئية المختلطةباسكندرية) بصحةالحجز الادارى الذى أوقعتهالمديرية للحصولعلى ضريبة الخفر التى التزم الاجانب بها مثل المصريين بمقتضىالأمر العرفى البريطانى الصادر فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٥

الضرائب بمقتضى الحكم العرفى

هذا ومن عهد اعلان الاحكام العرفية البريطانية على مصر فى سنة ١٩١٤الى الغائها فىسنة ١٩٢٣ كانت السلطة العسكرية البريطانية تصدر أوامر تسرى على الوطنيين والاجانب على السواء وقد كان منها ما يتعلق بالضرائب مثل الأمر المتعلق بضريبة الخفر التى حصل النزاع عليها فى القضية الثالثة . هذا وقد أثار الغاء الحكم العرفى البريطانى دفائن العصيان العلنى لأوامر الحكومة المصرية فامتنع كثير من الاجانب عن دفع ضريبة الخفر وأشار بعض القناصل بعدم دفعها لان دولهم لم توافق عليها وما كانوا ليقولوا كلمة وقت ان كان دفعها واجباً بمقتضى الاحكام العرفية.إن قيام الاجانب متمسكين فى وجه الحكومةالمصرية بامتيازاتهم ليمتنعوا عن دفع الضرائب التىيدفعها المصريون سيكون له شأن عظيم فى تقريب أجلالغاء الامتيازات الاجنبية لانه لا يمكن أن تدومالحال طويلا على هذا المنوال

٦ :عدمالخضوع للقضاء المحلى

١٧٦ — سادسا : اعفاء الاجانب من الخضوع للقضاء المحلى المصرى : هذا الامتياز اكبر فى مصر منه فىأية جهة أخرىمن جهات الامبراطورية العثمانية وقد استفحل أمره بحكم العادة التى نشبت أظفارها فى مصر متخطية فى ذلك نصوص الامتيازات الاجنبية وروحها ولكن هذا المركز قد تغير تغيراً جزئياً بانشاء المحاكم المختلطة باتفاقات دولية بين الحكومة المصرية والحكومات ذوات الامتيازات وقد جعل النظام — وان شئت فقل عدم النظام كما يتضح من بند ١٧٨ „ — الذى كان سائداً قبل انشاء المحاكم المختلطة هو القاعدة الاصلية أو القانون العام الذى ترجع اليه الحال اذا انقطع الاتفاق على استمرار نظام المحاكم

المختلطة وقد قبلت بذلك الحكومة المصرية صراحة فى كل أدوار المفاوضات وفى آخر عهد تجدد به نظام المحاكم المختلطة الى أجل غير مسمى فى سنة ١٩٢٢ لذلك وجبت الاشارة الى حالة هذا النظام التعيس الذى تهدد به مصر اذا انقطع اتفاق المحاكم المختلطة

ما قبل المحاكم المختلطة

١٧٧ — النظام السابق على انشاء المحاكم المختلطة — يمكن القول بأن هذا النظام كان مبنياً على قاعدتين نشأت الثانية منهما عن الاولى

القاعدة الاولى

١٧٨ — القاعدة الاولى : فى المسائل الجنائية لا يخضع الاجنبى الا لحكم محكمته القنصلية ؛ وفى المسائل المدنية يضطر الى ولوج أبواب المحاكم الاهلية اذا كان المدعى عليه من الاهالى وفى غير ذلك لا يخضع الا لحكم قنصليته

وهذه القاعدة فى كلتا الحالتين الجنائية والمدنية مخالفة لنصوص الامتيازات ومخالفة لما كان متبعاً فى تركيا تفسيراً للامتيازات . اذ كان المتبع فى تركيا أن المحاكم العثمانية تختص بالحكم فى المسائل الجنائية اذا كان المجنى عليه عثمانياً فيكون الاجنبى خاضعاً لها متى كان معتدياً على العثمانى ولا يكون له حق مطلقاً فى التخلص من القضاء المحلى وفى هذا اظهار لحق سيادة الدولة على إقليمها . وفى المسائل المدنية كانت المحاكم العثمانية مختصة بالحكم كلما كان أحد العثمانيين مدعياً أو مدعى عليه

الاختصاص لمحكمة المدعى عليه دائما

فالقاعدة المصرية كانت اذاً أن المدعى يسعى دائماً الى محكمة المدعى عليه Actor sequitur forum rei وكانت متبعة باضطراد فى كل الاحوال حتى فى القضايا العينية العقارية فانها كانت ترفع أمام القنصليات متى كان المدعى عليه أجنبياً . وهذا منتهى ما يصل اليه انكار سيادة السلطة المحلية وسلطان محاكمها . وفى هذه النقطة على الخصوص تناقض مريع مع حالة القانون المقررة بالفرمان العثمانى الذى منح الاجانب حق تملك الاراضى العثمانية فى سنة ١٨٦٧ إذ نص هذا الفرمان على خضوع الاجانب فى كل ما يتعلق بالعقارات الى السلطة المحلية ولكن مصر

كانت غارقة من قبل ذلك فى بحار تسامحها بالنسبة للاجانب فكانت تملكهم الاراضى المصرية من قبل أن يسمح لها قانوناً بذلك إذ ابتدأ الاجانب يملكون العقارات فى مصر من عهد محمد على باشا وأصبحت القاعدة فى الاختصاص فى كل الامور هى اختصاص محكمة المدعى عليه لا فرق فى ذلك بين عقارات ومنقولات فلم تتمكن مصر مطلقاً من الانتفاع من حرص السلطنة العثمانية على سيادتها التى حافظت عليها فى كل الازمان واستردتها قانوناً كاملة فى مؤتمر لوزان بعد ان استردتها بالفعل بحسن سياستها الاجنبية

أساس القاعدة

أما أساس قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه فهو أن تنفيذ الاحكام الصادرة من القنصليات ضد الاجانب كان مضموناً من جانب القناصل . بعكس ما اذا كان الحكم صادراً من المحاكم المصرية فان تنفيذه لم يكن مضموناً مطلقاً لانها ما كانت تستطيع أن تنفذ ضد الاجنبى الا بمساعدة القنصل ووساطته ، وما كان القناصل ليسمحوا بتلك المساعدة الا بعد أن يفحصوا الحكم الاهلى المراد تنفيذه . وكان هذا مساوياً لنظر الدعوى من جديد فاختصاراً للوقت واقتصاداً فى المصاريف التجأ الاهالى الى القنصليات مباشرة لرفع الدعاوى فيها مباشرة ولذلك توطدت أركان القاعدة وأصبحت قاعدة عامة (١)

القاعدة الثانية : الحكومة لا تستطيع التشريع للاجانب

١٧٩ — القاعدة الثانية : فقدت الحكومة المصرية ، فى نظر الدول ذوات الامتيازات ، سلطة التشريع فيما يتعلق بالاجانب فأصبحت فى نظر هذه الدول لا تملك أن تضع قانوناً مصرياً ينفذ فى الاقليم المصرى على أى أجنبى . والقاعدة الاولى (بند ١٧٨) كانت متعلقة بطرق المرافعات أى كانت مسألة اجراءات ولكن القاعدة الثانية قاعدة جوهرية لها مساس تام بسيادة الدولة المصرية على اراضيها وهى مخالفة للقواعد التى يقرها القانون الدولى العام لأن لكل دولة حق

---

[١٧٨] (١) قارن دو روزاس ٢ ص ٢٤٦ — ٢٧٣

الحكم على أراضيها وعلى كل شخص وكل شيء فيها الا ما استثنى لاغراض خاصة (بند ٦٨) وهى مخالفة أيضاً لما جرى عليه العمل فى البلاد العثمانية سواء منها ما كان أوروبياً وما كان أسيوياً . وقد نشأت هذه القاعدة الثانية بطريق الاستنتاج والتخريج عن القاعدة الاولى وهى اختصاص محكمة المدعى عليه دون غيرها . أصبح الاجانب لا يقاضون الا أمام المحاكم القنصلية وهذه المحاكم لا تحكم الا بمقتضى قانونها أى قانون الحكومة صاحبة القنصلية . وحتى فى الاحوال التى تطبق فيهما القنصليات قانوناً أجنبياً فذلك انما يكون على مقتضى قواعد القانون الدولى الخاص التى تعتبر جزءاً معيناً من قانونها (بند ٤) وكانت كل قنصلية تتبع فى العمل قانون دولتها معدلا فى المسائل المدنية والتجارية طبقاً لما جرى عليه العرف فى القطر المصرى وما اتفق عليه الخصوم فى عقودهم (نظرية حكم ارادة المتعاقدين Autonomie de la volonté بند ٢٥١) وبمراعاة قاعدة أن شكل العقد يخضع لقانون بلد تحريره locus regit actum (بند ٢٥٠)[1]

لذلك لم يكن هناك محل لتطبيق القوانين الصادرة من السلطات المصرية ، على الاجانب . حتى فى الاحوال التى كانت ترفع فيها الدعوى من الاجنبى على الوطنى أمام المحاكم الاهلية لم يكن ثمت محل لخضوع الاجنبى للقانون المصرى من وجهة ايجابية وذلك لان هذه المحاكم لا تستطيع الحكم على الاجنبى الا برفض دعواه على الاكثر ولكنه كان ينتفع من القانون المصرى اذا صدر الحكم لمصلحته . لذلك كانت حقوق الاجانب فى عدم الخضوع الى القوانين المصرية ناشئة جميعها عن تطبيق قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه

وقد خففت وطأة الحالة المذكورة عند ما انشئت المحاكم التجارية المختلطة المسماة « مجالس التجار » فى مصر واسكندرية فى سنة ١٨٦١ على نمط المحاكم التى

---

[١٧٩] (١) دو روزاس ١ ض ٣٠٨

انشئت فى تركيا للغرض نفسه وفيما عدا ذلك استمرت الحال كما تقدم الى أن انشئت المحاكم المختلطة المصرية الحالية

بعد انشاء المحاكم المختلطة

١٨٠ — النظام الناشئ عن المحاكم المختلطة ويسمى الاصلاح القضائى : La Réforme judiciaire وهو نظام مؤقت بالرغم من كونه قد عاش نحو نصف قرن وقد كان من الضرورى الحصول على موافقة الدول ذوات الامتيازات عليه فوافقت عليه أولا لمدة سنة ثم لمدد مختلفة تتراوح بين خمس سنين وتسعة أشهر أو ستة أشهر ثم انتهت الحال بأن وافقت عليه الدول لأجل غير مسمى فأصبح نظاماً مستمراً وهو مع ذلك غير دائم بل لا يزال مؤقتاً الى أن تعلن الدول أنها لا تريد الاستمرار عليه فحينئذ تعلن عن ذلك قبل ميعاد الانتهاء بسنة كاملة وقد صدر بهذا المعنى القانون نمرة ٢٨ سنة ١٩٢٢ فاذا ما جاء اليوم الذى تعدل فيه الدول عن قبولها استمرار النظام المختلط فان الحالة القديمة المرسومة فى بند ١٧٧ — ١٧٩ تعود من تلقاء نفسها

هذا وقد أدخلت تعديلات على النظام المختلط بعد موافقة الدول عليها ، وأهم تعديل هو ما صدر به القانون نمرة ١٧ فى ١١ نوفمبر ١٩١١ الذى عدل المادة ١٢ من القانون المدنى المختلط الخاصة بالتشريع بالنسبة للاجانب والتى سنتكلم عنها فى بند١٩٧ وبانشاء النظام المختلط قد تنازلت الدول مؤقتاً وجزئياً عن اعفاء الاجانب من الخضوع للقضاء المصرى والقوانين المصرية ضمن الحدود المرسومة بالاتفاقات المذكورة

نظرة اجمالية واحالة

١٨١ — وليس غرضنا هنا أن نتكلم عن نظام المحاكم المختلطة من الوجهة العامة ولا من حيث اختصاصها فى المسائل المدنية والتجارية فان طلبة السنة الرابعة فى مدرسة الحقوق الملكية قد درسوا هذا النظام بالتفصيل فى مادة المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر [1] ولذلك تجب مذاكرته من الوجهة العامة ومن حيث اختصاص المحاكم المذكورة بنظر المواد المدنية والتجارية وما خرج عن

---

[١٨١] (١) راجع فى ذلك كتابنا فى المرافعات بند ٢٧٥ — ٣٥٩ وبند ٥٣٢ — ٥٥٩

وظائفها من المسائل ونظرية الصوالح المختلطة Théorie de l'intérêt mixte والاحوال التى يجب فيها الايقاف فى نظر المحاكم المختلطة أو لا يجب عند ما تعرض أمامها مسألة من مسائل الاحوال الشخصية بصفة فرعية طبقاً المادة ٤ من القانون المدنى المختلط (٢)

تلخيص هام

١٨٢ — واذا أردنا تلخيص الحالة بالنسبة لامتياز الاجانب من الوجهة القضائية فى مصر يمكننا أن تقول ان هذا الامتياز حاصل فى المسائل المدنية التجارية فى الاحوال التى يكون فيها الخصوم كلهم من أجانب من جنسية واحدة ولا تكون الدعوى عينية عقارية . اما فى الاحوال الشخصية فان امتيازهم كامل اللهم الا فيما يتعلق بتطبيق المادة ٤ م م عند ما تنشأ مسائل الاحوال الشخصية بصفة فرعية فى الدعوى المنظورة أمام المحاكم المختلطة والتى هى من اختصاصها كلما رأت هذه المحاكم أن لا محل للايقاف للحصول على حكم من قاضى الاحوال الشخصية وفى هذه الحالة تطبق المحاكم المختلطة قانون الاحوال الشخصية وعلى أثر هذا التطبيق تحكم فى الموضوع المطروح أمامها بصفة أصلية (١) ومن جهة أخرى فان الاجنبى يخضع بنص المادة ١٢ ل ت م م (٨ م م) والتفسير الذى أعطى لها فى الاعمال التحضيرية للقوانين المختلطة (٢) الى اختصاص المحاكم الشرعية اذا كان مدعياً كلما أراد المطالبة بحق ملكية عقار فى حيازة وقف من الاوقاف بمقتضى حق وضع اليد (المرافعات بند ٢٩٧) وفيما يتعلق بتنفيذ الاحكام المختلطة والاجنبية

(٢) وسوف تتضح هذه الامور من دراسة تنازع الاختصاص والقوانين داخل القطر المصرى فى الكتاب الرابع هنا — هذا ومن القضايا التى رأت فيها المحاكم المختلطة تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية مباشرة وعدم ضرورة الايقاف ريثما تطبقها المحاكم الشرعية قضية الاميرة صالحة هانم التى صدر فيها حكم الاستئناف المختلط بتاريخ ١١ يونيه ١٩١٣ (جازيت ٣ ص ١٥٩ نمرة ٤٢٨) وهى مشروحة فى بند ٣٧١ هنا

[١٨٢] (١) راجع قضية الاميرة صالحة هانم فى بند ٣٧١ بالنسبة لتطبيق قانون الاحوال الشخصية الاسلامى والقضايا العديدة المشار اليها فى بند ٣٦٠ ،، بخصوص تطبيق القوانين الاجنبية الخاصة بالاحوال الشخصية بدون لزوم للايقاف والحصول على حكم من القنصلية المختصة

(٢) قارن دوروزاس ٢ ص ٣٧٥

والسندات الرسمية يراجع كتابنا فى التنفيذ بند ٢٢ — ٧٠ [٣]

١٨٣ — لم يبق علينا بعد ذلك الا أن نتكلم عن نظام المحاكم المختلطة من الوجهة الجنائية وهنا نجد اختصاصات متنوعة لكل من المحاكم الكلية ولمحكمة الاستئناف النظام الجنائى المختلط

فالمحكمة الكلية بصفتها محكمة جنائية تتكون من ثلاث هيئات الاولى محكمة البوليس أو المخالفات Tribunal de contraventions الثانيـة غرفة المشورة Chambre du conseil والثالثة محكمة الجنح Tribunal correctionnel

ومحكمة الاستئناف تجلس أولا بصفتها محكمة جنايات Cour d'assise وثانياً بصفتها محكمة نقض وابرام Cour de cassation

١٨٤ — محكمة المخالفات وتشكل من قاض واحد يجب أن يكون أجنبياً متى كان المتهم أجنبياً (مادة ١ جزء ٢ ل ت م م) وله اختصاص فى المخالفات (التى تنظرها المحاكم المختلطة — راجع بند ١٩٠) وأحكامه قابلة للاستئناف اذا كانت العقوبة الحبس (١٥٠ ت ج م) ويصح الطعن فى أحكامه بطريق النقض والابرام فى الاحوال المنصوص عليها فى المادة ١٥٣ ت ج م قاضى المخالفات

١٨٥ — وتتشكل محكمة المشورة او غرفة المشورة من ثلاثة قضاة أثنان من الاجانب والثالث مصرى (٢ جزء ٢ ل ت م م) وليس لها شأن فى المخالفات ولكن اختصاصها يشمل الجنح والجنايات فانها جميعها تعرض عليها لعمل التحقيق الابتدائى والأمر بما يتراءى لها من بعده فاما أن تصدر أمراً بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى العمومية (١٢٠ ت ج م) والامر لا يطعن فيه باى وجه من الوجوه (١٢١ ت ج م)؛ غرفة المشورة

واما أن تحيلها على قاضى المخالفات اذا وجدت ان هناك ادلة على انها مخالفة

---

(٣) ويراجع فى الموضوع برمته دروزاس ٢ ص ٢٧٤ — ٣٩٠

(١٢٣ ت ج م) واما ان تحيلها على محكمة الجنح او الجنايات اذا وجدت أن هناك أدلة على كونها جنحة أو جناية (١٢٤ و١٥٢ ت ج م)

وفى حالة صدور قرار بالاحالة لوجود أدلة الجناية يجوز الاستئناف فيما يتعلق بالاختصاص فقط (١٢٧ ت ج م ")

محكمة الجنح ١٨٦ — وتتشكل محكمة الجنح من ثلاثة قضاة اثنان اجانب والثالث مصرى ومن أربعة محلفين assesseurs فاذا كان المتهم اجنبياً كان المحلفون كلهم من الاجانب واذا كان مصرياً او كانوا مصريين وأجانب ، كان نصف المحلفين من المصريين (٣ جزء ٢ ل ت م م) وأحكامها غير قابلة للاستئناف

وهذه المحكمة تجلس بصفة محكمة استئناف لاحكام قاضى المخالفات فى الاحوال التى يصح فيها الاستئناف (بند ١٨٤) وعلى كل حال يصح الطعن فى أحكامها بطريق النقض والابرام (١٧٥ ت ج م)

محكمة الجنايات ١٨٧ — وتتشكل محكمة الجنايات من ثلاثة مستشارين منهم اثنان من الاجانب والثالث مصرى وتنظر فى الجنايات بحضور اثنى عشر محلفاً jurés يكونون من الاجانب اذا كان المتهم اجنبياً ويكون نصفهم من الاهالى اذا كان مصرياً أو كان المتهمون مصريين وأجانب

المحلفين ١٨٧ مكررا — ويجب ان يكون نصف المحلفين الاجانب فى محكمة الجنح ونصف المحلفين الاجانب فى محكمة الجنايات من جنسية المتهم اذا طلب ذلك فاذا كان كشف المحلفين الذين من جنسيته لا يشتمل على العدد اللازم يجوز له أن يختار المحلفين الباقين من أية جنسية يريد واذا كان هناك متهمون متعددون جاز لكل منهم أن يطلب عدداً مساوياً من المحلفين من جنسيته بالقيود المذكورة فى القانون (٤ و ٥ جزء ٢ ل ت م م)

محكمة النقض والابرام ١٨٨ — وتتشكل محكمة النقض والابرام من خمسة مستشارين كما هى الحال فى محكمة الاستئناف المدنية وسلطتها محددة بالمواد ١٥٣ و ١٥٤ و١٧٥ و٢٥٠

و ٢٥٢ (ت ج م) وتتلخص هذه السلطة فى ان لها حق نظر الطعن المرفوع عن أحكام قضاة المخالفات وأحكام محاكم الجنح ومحاكم الجنايات، اذا حكم على المتهم، فى الاحوال الآتية :

أولا : اذا تبين أن الفعل المنسوب الى المتهم لا يعاقب عليه القانون

ثانياً : اذا تبين ان القانون لم يطبق تطبيقاً صحيحاً على الوقائع الثابتة بالحكم

ثالثاً : اذا كان ثمت وجه بطلان جوهرى فى الاجراءات

الامتياز القضائى بعد المحاكم المختلطة

١٨٩ — لأى حد أعفى الاجانب من الخضوع للقضاء المصرى بعد انشاء المحاكم المختلطة ؟ هذا الحد مقرر فى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة (الجزء الثانى) ويلاحظ ان القواعد الموضوعة فى هذه اللائحة ليست كافية لانها لا تنص على العقوبات التى يجب تقريرها للجرائم المذكورة فيها . ومن حيث مخالفات البوليس لا نص فيها على تعداد هذه المخالفات . والحقيقة التى يجب تذكرها هنا هى أن قانون العقوبات المختلط وقانون تحقيق الجنايات المختلط لم يحوزا مصادقة الدول عليهما كما صادقت على القوانين الاربعة الاخرى وهى المدنى والتجارى والتجارى البحرى والمرافعات . ومع ذلك فقد وضعت نصوص لائحة الترتيب بحيث يرجع منها الى قانونى العقوبات وتحقيق الجنايات باعتبارهما أساساً لها فما نصت عليه اللائحة يرجع فيه الى هذين القانونين وفيما لم تنص عليه لا يكون لهذين القانونين فيه أدنى قيمة

مخالفات البوليس : اختصاص

١٩٠ — مخالفات البوليس : نصت المادة ٦ ل ت م جزء ٢ على أن الاجانب يكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة فى جميع مخالفات البوليس وهذه هى المسائل التى نص عليها قانون العقوبات المختلط فى المادة الرابعة وجعل عقوبتها الحبس أسبوعاً أو أقل أو غرامة مقدارها مائة قرش أو أقل أو الاثنين معاً وهى مبينة فى المواد ٣٣١ — ٣٤٠ منه وكذلك كل المخالفات التى اعتبرت كذلك فيما بعد أو التى تعتبر كذلك فيما بعد طبقاً للدكرتو الذى أجاز للحكومة

المصرية التشريع فى مسائل البوليس (بند ١٩٩)

نتيجة ١٩١ — لذلك كانت القاعدة أنه فيما يتعلق بمخالفات البوليس يكون الاختصاص على الاجانب للمحاكم المختلطة دون غيرها ولكن يلاحظ أن المقصود هو مخالفات البوليس المصرى المتقدم بيانها وهذا لا ينفى اختصاصات القناصل فيما يتعلق بمخالفات رعاياهم ضد قوانينهم الخاصة بهم كما لا يشمل المخالفات الاخرى التى ليست مخالفات بوليس[1]

الجنح والجنايات ١٩٢ — الجنح والجنايات : هنا اختصاص المحاكم المختلطة استثنائى محض بمعنى أنه مقصور على جنح وجنايات معينة نصت عليها المواد من ٦ الى ١٠ ل ت م م جزء ٢ وهذا الاختصاص ليس مقصوراً على الاجانب بل انه شامل للمصريين أيضاً وذلك لأن الجرائم المذكورة تعتبر موجهة ضد نظام المحاكم المختلطة نفسه فلا يفلت منها لا أجنبي ولا وطنى

فقد نصت المادة السابعة على الجنايات والجنح التى ترتكب ضد قضاة المحاكم المختلطة والمحلفين ومساعدى القضاء فيها اذا حصل الاعتداء أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأدية هذه الوظائف . ولكن هذا لا يشمل الاعتداء على أموالهم لانه مقصور على الاعتداء على أشخاصهم . ونصت المادة الثامنة على الجنح والجنايات التى ترتكب ضد تنفيذ الاحكام والاوامر المختلطة . ونصت المادة التاسعة على الجنح والجنايات التى يتهم فيها قضاة المحاكم المختلطة ومحلفوها وموظفوها اذا كان ارتكابها أثناء تأدية وظائفهم أوخروجاً عن حدود سلطتهم . ونصت المادة العاشرة على تعيين الاشخاص الذين يدخلون فى عداد الموظفين الذين تنطبق عليهم هذه النصوص

كذلك نصت المادة السادسة المعدلة بدكرتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ على امتداد اختصاص المحاكم المختلطة الى الفاعلين الاصليين والشركاء فى جميع

---

[١٩١] (١) دو روزاس ٢ ص ٤٠٣ ،،

الجنح المنصوص عليها فى الفصل التاسع من الباب الثالث من قانون العقوبات المختلط (مادة ٢٩٣ — ٣٠١) وهى الخاصة بالافلاس الداخل فى اختصاص المحاكم المختلطة : وهى الجرائم المتنوعة التى يمكن حصرها فى التفالس البسيطة والتفالس بتدليس وما ارتبط بهما من الجرائم التى يرتكبها أشخاص غير المفلس

نتيجة

١٩٣ — خلاصة : يتبين من ذلك أن اختصاص المحاكم القنصلية فى المسائل الجنائية هو القاعدة بمعنى أنه لا يخرج منه الا ما استثنى صراحة بنص خاص كما تقدم لذلك كانت المحاكم القنصلية هى المختصة بنظر مخالفات البوليس القنصلية والمخالفات الاخرى التى ليست مخالفات بوليس وبجميع الجنح والجنايات غير المتقدم ذكرها فى المواد ٦ — ١٠ ل ت م م جزء ٢

التعويض المدنى فى القنصليات ؟

١٩٤ — التعويض المدنى أمام المحاكم القنصلية : اذا نظرت المحكمة القنصلية فى قضية جنائية من اختصاصها فهل يكون لها الحق فى الحكم بالتعويض المدنى على المتهم اذا كان المجنى عليه أجنبياً من جنسية أخرى او كان مصرياً ؟ لا يخفى أن القوانين الفرنسية والايطالية تجيز تدخل المدعى بالحق المدنى وتخول المحكمة الجنائية الحكم بالتعويض اذا كان له وجه وذلك تبعاً للدعوى الجنائية . ولذلك يصح التساؤل عما اذا كان انشاء المحاكم المختلطة قد أثر على حق الحكم فى التعويض المدنى وحرم القناصل منه أو أنه لم يؤثر على اختصاص القناصل به باعتبار أنه تابع للمسألة الجنائية فيصح لها أن تحكم فيه بالتبعية ؟ المسألة خلافية فالمحاكم القنصلية كثيراً ما تحكم باختصاصها وقد كانت قنصلية ايطاليا تقضى بعدم اختصاصها ولكن صدر حكم من محكمة النقض والابرام فى روما فى ٢٧ سبتمبر ١٩٠٧ خطئ فيه ما اتبعته القنصلية الايطالية وقضى باختصاصهم فى الحق المدنى ومع ذلك فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٠٨ بأنه ليس للقناصل حق مطلقاً فى نظر التعويض المدنى لأن اختصاصها قد زال نهائياً فى المسائل المدنية بحكم المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التى تقول « تحكم المحاكم

المختلطة وحدها . . . . » وهذا هو الرأى الذى أقره الاستاذ دو روزاس وهو الرأى الصحيح وهو الرأى الذى يحترم عملا اذا ما حصل تنازع فى الموضوع بين احدى القنصليات والمحاكم المختلطة لأن هذه تنتصر دائماً باعتبارها السلطة القضائية الاقليمية المستمدة حكمها من السلطة المحلية والدول الاجنبية معا [١]

الاجراءات الجنائية فى المختلط

١٩٥ — الاجراءات الجنائية التى تتبع أمام المحاكم المختلطة عند ما يكون المتهم أجنبياً وتنفيذ الاحكام الصادرة من هذه المحاكم : لأجل معرفة هذا الموضوع يجب مقارنة مواد قانون تحقيق الجنايات المختلط الذى لم تصادق عليه الدول ، بمواد لائحة ترتيب المحاكم المختلطة (الجزء الثانى) مقارنة دقيقة . ذلك لأن اللائحة تتكلم فى الفصل الثانى من الجزء الثانى منها (فى المواد ١١ — ٣٨) على ما أسمته «الاستثناء من أحكام قانون تحقيق الجنايات Dérogation au Code d'instruction criminelle وهذا العنوان أدخل بدكرتو ٢٤ ديسمبر ١٩٠٦ (قانون نمرة ٢٣ لسنة ١٩٠٦) وليس من غرضنا هنا أن ندخل فى التفاصيل ويكفى أن نلفت النظر الى أن العقوبة المقررة فى قانون تحقيق الجنايات ضد الشهود الذين يتخلفون عن الحضور لاداء الشهادة (٦٨ ت ج م) قد زيدت بنص المادة ١٨ من اللائحة ؛ وانه بينما قانون تحقيق الجنايات يوقف قاعدة حرمة المساكن والاشخاص بالنسبة للمتهم اذا اللائحة تنص فى المواد ١٣ و٢٠ و٢١ على وجوب اخبار القنصل بمحاكمة الاجنبى وأنه اذا كان دخول المنزل حاصلا فى الليل فلا بد من حضور القنصل أو مندوبه أو أخذ اذن صريح منه بالعمل فى غيابه الا فى أحوال التلبس بالجريمة أو الاستغاثة من داخل المنزل

ويلاحظ أن اجراءات التحقيق الاولية أمام غرفة المشورة مقصود بها تمكين القنصل من طلب المتهم اذا كانت الجنحة أو الجناية من اختصاص القنصل

---

[١٩٤] (١) قارن دو روزاس ٢ ص ٤٢١ — ٤٢٥ والمرافعات بند ٣٩٣

وسوف نتكلم فى الكتاب الرابع على تنازع الاختصاص بين السلطات القنصلية و بين المحاكم المختلطة . أما لغة المحاكمة أمام المحاكم المختلطة فيجب أن تكون احدى اللغات التى يفهمها المتهم الاجنبى وللقنصل الحق فى زيارة السجون (مادة ٣٧ ل ت م م جزء ٢) وفى حالة الحكم بالاعدام يجوز للدولة التابع اليها الجانى أن تطلبه لتنفذ عليه الحكم بنفسها أو لتعاقبه بالعقوبة التى تحل محل الاعدام اذا لم يكن الاعدام عقوبة مقررة فيها (٣٨)

١٩٦ — **سابعا** : اعفاء الاجانب من التشريع المصرى : يجب التميز هنا بين المسائل المدنية أو التجارية والمسائل الجنائية والمسائل الادارية ٧ : التشريع

١٩٧ — (١) المسائل المدنية والتجارية : كانت المادة الثانية عشرة من من القانون المدنى المختلط تنص على أنه يمكن تعديل القوانين المختلطة أو الاضافة اليها بموافقة هيئة القضاة Corps de la magistrature وعند اللزوم بناء على اقتراح هذه الهيئة ومع ذلك فلم ترد الحكومة المصرية ، لأسباب غير ظاهرة ، أن تجعل لقضاة المحاكم المختلطة دخلا فى التشريع ولذلك فقد جرت العادة لغاية سنة ١٩١١ بأن تسعى الحكومة دائماً فى الحصول على موافقة الدول دولة دولة على كل دكرتو تريد أن تصدره ليكون سارياً على الاجانب[١] وكانت النتيجة أن الحكومة لا تستطيع مادياً أن تشرّع مطلقاً بالنسبة للأجانب الا بعد موافقة جميع الدول فى كل نقطة يراد فيها التشريع مدنى وتجارى

---

[١٩٧] (١) راجع ما ذكره الاستاذ دو روزاس فى هـذا الموضوع فى الجزء الثانى ص ٤٣٩ ،، ويظهر أن السبب الحقيقى كان أن الاحتلال البريطانى لم يكن ليريد أن يجتمع جميع قضاة المحاكم المختلطة الثلاثة فى جهـة واحدة لان الهيئة تتكون منهم جميعاً ، ومنهم المصريون ومنهم الاجانب ؛ وقد لا يرتضون ما تقترحه الحكومة فيكون فى الاجتماع أولا الفات النظر الى وجود سلطة تشريعية دولية قد تؤثر اجتماعاتها على الرأى العام المصرى ويكون رفضها لاى مشروع انخذالا للحكومة ربما عكس عليها سياستها ومن جهة أخرى كانت هذه الاجتماعات تعطل القضاة عن أعمالهم القضائية

لذلك بذلت الحكومة مساعى جديدة لدى الدول فحصلت على موافقتها على تغيير المادة ١٢ مدنى بشكل يسمح بالتشريع بطريقة سهلة بالنسبة لما كان عليه العمل من قبل ؛ وقد صدر بالتعديل الجديد القانون نمرة ١٧ لسنة ١٩١١ وهاك نص المادة بعد التعديل :

المادة ١٢ مدنى « اذا اقتضى الحال تعديل القوانين المختلطة أو الاضافة اليها فيكون اجراء ذلك بطلب نظارة الحقانية وطبقاً لمداولة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة[٢] ويدعى الى الجمعية المذكورة أقدم قاض من كل دولة من الدول التى وافقت على انشاء المحاكم المختلطة سنة١٨٧٥ وليس لها مستشار بمحكمة الاستئناف (ليحصل التمثيل بالنسبة لكل الدول) ولا يكون تشكيل الجمعية صحيحاً الا اذا حضرها خمسة عشر عضواً من أعضائها على الأقل ؛ واذا غاب أحد مستشارى محكمة الاستئناف أو حدث ما يمنعه من الحضور وثبت ذلك طبقاً لأحكام اللائحة الداخلية التى تضعها الجمعية العمومية لتلك المحكمة فى جلسة اعتيادية يحل محله أقدم قاض من القضاة التابعين لدولته . فاذا غاب أقدم هؤلاء القضاة أو حدث ما يمنعه عن الحضور بالكيفية السابقة حل محله القاضى التالى له فى الاقدمية من القضاة التابعين لدولته

« ويجب أن يكون القرار بأغلبية ثلثى عدد الاعضاء الحاضرين

« ومشروعات القوانين المصدق عليها بتلك الكيفية لا يجوز اصدارها الا بعد ثلاثة أشهر من تاريخ التصديق عليها (حتى تتمكن الدول من الاطلاع عليها والمعارضة فيها بواسطة معتمديها السياسيين فى مصر اذا كان لذلك وجه) وتعرض المشروعات المذكورة للمداولة فيها من جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ان طلبت ذلك دولة أو أكثر من الدول المذكورة قبل انقضاء المدة المشار اليها

---

(٢) أى دون جميع هيئة القضاة

« والمشروع الذى يكون قد حاز فى المداولة الجديدة أغلبية الاصوات المقررة يجوز اصداره بدون اجراءات ولا مواعيد أخرى

« والجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المنعقدة بهيئة جلسة اعتيادية (أى دون أن يضم اليها قضاة الدول التى ليس لها مستشارون) أن تبلغ ناظر الحقانية الاقتراحات المتعلقة بالتعديلات التى ترى ادخالها فى القوانين المختلطة (أى لها حق الاقتراح) ومع ذلك لا يجوز بمقتضى هذه المادة اجراء أى تعديل أو اضافة أى نص بلائحة ترتيب المحاكم المختلطة (فان هذه اللائحة لا يمكن تعديلها الا بموافقة الدول خاصة من أجل ذلك باعتبارها القانون الاساسى للمحاكم المختلطة) ويجرى العمل بالقوانين التى يصير اقرارها بالطريقة الآنفة الذكر بمجرد نشرها فى الجريدة الرسمية واذا مضى على مشروع قانون ثلاثة شهور بعد الميعاد الذى كان يمكن فيه نشره ولم ينشر يعتبر المشروع متروكاً ولا يجوز الرجوع اليه الا باعادة تطبيق أحكام هذه المادة »

مزاياها ومنتجاتها

ومزايا التشريع الجديد غير خافية فانه خلق أداة محلية للتشريع تستطيع بها الحكومة أن تسن القوانين اللازمة بدون التجاء الى الدول وان كانت هذه الأداة مختلطة أو دولية الا أنها مع ذلك قريبة من الحكومة وقد دلت التجارب من وقت انشائها الى الآن على أنها كانت أداة نافعة جداً ولم تكن متحيزة ولا مضرة بما فيه مصلحة الوطن ومع ذلك فوجودها قيد من القيود الناشئة بصفة غير مباشرة عن الامتيازات الاجنبية وفى وجودها تنقيص لسيادة الحكومة المحلية لا يبرره مبرر

وقد تمكنت الحكومة بهذه الطريقة من سن قوانين عديدة مفيدة أهمها القانون نمرة ٣٣ لسنة ١٩١٣ والقانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٢ المعلومين تماماً لطلاب المرافعات والتنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، وقانون التسجيل الحديث نمرة ١٩ لسنة ١٩٢٣ وغيرها من القوانين الضرورية

التشريع القضائى

ويلاحظ أخيراً أن المادة ١١ من القانون المدنى المختلط (٣٤ ل ت م م)

التى تنص على أنه يجوز للقاضى فى حالة غموض القانون أو نقصه أن يحكم بحسب قواعد العدالة والقانون الطبيعى قد جعلت الاجانب يخضعون فى مصر دائماً للقواعد التى يرى القضاء المصرى تقريرها ولو لم يكن قد ورد فيها نص خاص فى القوانين المتفق عليها بين مصر والدول وهذا يكاد يكون تشريعا قضائيا

التشريع الجنائى

١٩٨ — (٢) المسائل الجنائية : تتلخص حالة التشريع الجنائى بالنسبة للاجانب فى مصر فى أنه لا يجوز تقرير جنايات أو جنح جديدة أو مخالفات (عدا مخالفات البوليس) لتضاف الى التى وردت فى لائحة ترتيب المحاكم المختلطة الا اذا وافقت عليها الدول كافة . أما الطريق التشريعى المرسوم بالمادة ١٢ م م فانه لا يمكّن الحكومة المصرية من ذلك لانه لا يمكنها من تعديل اللائحة ولكنه يمكنها من تعديل نصوص القانون الجنائى وقانون تحقيق الجنايات ؛ وقد تم فعلا من هذه الوجهة بعض التعديلات فى القانون الاخير بالكيفية الواردة فى المادة ١٢ المذكورة ؛ هذا من حيث الجنح والجنايات وتغيير نصوص قانونى العقوبات وتحقيق الجنايات والمخالفات على العموم ؛ أما من حيث مخالفات البوليس فهذه تحتاج الى ايضاح خاص

مخالفات البوليس : تشريع

١٩٩ — مخالفات البوليس : لهذا الموضوع أهمية تاريخية كبرى اذ لا يخفى أن أحوال الجمهور وحياته الاجتماعية وحركاته تقتضى تنظيماً مستمراً بقواعد واجراءات تتغير من وقت الى آخر بحسب الاحتياجات فاذا كانت سلطة الحكومة مشلولة فى هذه المسائل فانها لا تستطيع أن تقوم بأعمالها بصفتها حكومة لذلك كانت حاجة الحكومة المصرية الى سهولة التشريع فى مسائل البوليس متقدمة على غيرها ولذلك أمكنها الحصول على موافقة الدول على الدكرتو الذى أصدرته فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ فيما يتعلق بالتشريع فى مخالفات البوليس البسيطة Contraventions de simple police بعد ان رأت تقلص ظل سلطتها على التشريع فى هذه المسائل اذا هى لم تلتجئ الى الدول قبل سن أية لائحة من اللوائح البسيطة

التى يراد سريانها على الاهالى والاجانب على السواء . فقد حدث قبل الدكرتو المذكور ان استندت الحكومة الى بعض نصوص القانون الجنائى المختلط [1] وأرادت أن تضع بعض لوائح لتسرى على الاجانب وسنتها بالفعل بمحض سلطتها وبدون أن تلتجئ الى المادة ١٢ مدنى مختلط القديمة التى تتطلب فى تعديل القوانين موافقة هيئة قضاة المحاكم المختلطة (بند ١٩٧) ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مرتين بأن هذه اللوائح لا يمكن أن تسرى على الاجانب [2] فلما رأت الحكومة انهزامها أمام المحكمة اسرعت الى الدول وحصلت على موافقتها على دكرتو ٣١ يناير ١٨٨٩ المذكور . وهذا الدكرتو يمنح الحكومة حق عمل لوائح بوليس تسرى على الاجانب فى المسائل الذى نصت عليها المادة الاولى منه [3] ويشترط اتباع الاجراءات الآتيـة وهى أن تعرض اللوائح المذكورة على الجمعية العمومية المعتادة لمحكمة الاستئناف المختلطة [4] من أجل أن تنظر هذه الجمعية فيما

---

[١٩٩] (١) مادتى ٣٣١ و ٣٤٠ جنائى مختلط اللتين تشيران الى حق البلديات والحكومة المحلية فى سن لوائح تضيف بها الى قائمة المخالفات المذكورة فيها حيث تقول مادة ٣٣١ «بالجملة كل من لم يمتثل لما هو مدون فى لائحة صادرة من الدائرة البلدية فيما يتعلق بحدود وظائفها» وحيث تقول مادة ٣٤٠ «تبين فى اللوائح التى تصدر بخصوص الحوادث الغير منصوص عليها بالمواد السابقة عقوبة كل مخالفة تطرأ بدون أن تتجاوز حداً من حدود العقوبات المقررة للمخالفات . . . » — راجع فى هذا الحق حكماً متيناً سديدا صادرا من محكمة مخالفات اسكندرية المختلطة فى ٢١ يونيه سنة ١٨٨٦ نشره المستشار فركامر فى كتابه المسمى «القضاء المختلط ووظيفته التشريعية» La juridiction mixte et ses attributions législatives ص ٨٥ — ٩١

(٢) فركامر المذكور ص ٩١ و ٩٢

(٣) وهى المتعلقة بنظام الاراضى والجسور والترع والمحافظة على الآثار القديمة والتنظيم والاجراءات الصحية والنظافة العمومية والضبط والربط فى المحلات العمومية مثل الفنادق والقهاوى والمنازل المفروشــة والمعدة للايجار وحانات الخمور وعربات النقل ووسائله الاخرى والضبط والربط فى الموانى والملاحة والكبارى ، والتسول والتشرد والتجول للبيع وغيره ، والمحـلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة وعلى العموم جميع اللوائح الدائمة والعامة المختصة بالضبط والربط والامن العمومى

(٤) دون هيئة القضاة كافة (بند ١٩٧) ودون الجمعية الخاصة للتشريع طبقاً للمادة ١٢ مدنى مختلط (بند ١٩٧ ص ١٩٠ ..)

اذا كانت الشروط الثلاثة الآتية قد تحققت فيها وهى : —

أولا — أن القوانين واللوائح المقدمة للنظر فيها هى عمومية وتسرى على جميع سكان القطر بدون استثناء

ثانياً — أنها لا تشتمل على حكم مخالف لنص المعاهدات والاتفاقات أى الامتيازات الاجنبية

ثالثاً — ان أحكامها لا تشتمل على عقوبات أشد من عقوبات المخالفة

أزمة تاريخية

ومع ذلك فلم تستطع الحكومة المصرية بعد هذا الدكرتو أن تكون حرة فى التشريع فى نفس المسائل التى نص عليها الدكرتو وذلك نظراً للاحتجاجات الشديدة المتكررة التى كانت تقوم بها فرنسا قبل أن تتفق مع انجلترا فى سنة ١٩٠٤ الاتفاق الودى L'Entente Cordiale المبنى على أن لا تتعرض لها فيما يختص بمصر فى مقابل ألاّ تتعرض انجلترا لها فيما يختص بمراكش. فقد سنت الحكومة المصرية بضعة قوانين ضرورية جداً بخصوص تطعيم الجدرى ودفاتر المواليد والوفيات وممارسة صناعة الطب والصيدليات وغير ذلك وحصلت على موافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة عليها طبقاً للدكرتو المذكور ومع ذلك احتجت فرنسا عليها احتجاجاً شديداً بدعوى أن هذه القوانين التى صادقت عليها المحكمة قد تعدت الحدود المرسومة بالدكرتو أو هى مخالفة لامتياز حرمة المساكن ولامتياز عدم دفع الضرائب. فتمسكت الحكومة المصرية بتعريف « المسكن » الوارد فى بروتوكول بوريه (بند ١٦٩) وبحجج أخرى لم تعرها فرنسا أهمية ما فاضطرت الحكومة الى تغيير القوانين بغيرها وأعفت الاطباء من الرسم الذى كانت قد فرضته بمقتضى لائحة ممارسة الطب الصادرة فى ١٣ يونيه سنة ١٨٩١ (٥)

انفراجها

٢٠٠ — وقد تحسنت الحال بعد الاتفاق الودى المذكور وزالت معارضات

(٥) دو روزاس ٢ ص ٤٤٩ — ٤٦٣

فرنسا وغيرها بعد سنة ١٩٠٤ وعلى الخصوص تحسن مركز الحكومة المصرية من حيث التشريع على العموم بعد تعديل المادة ١٢ مدنى مختلط التى تعتبر أداة عامة للتشريع لا فرق بين مسائل مخالفات البوليس و بين غيرها . و يلاحظ أن المادة ١٢ المذكورة لا تلغى دكرتو سنة ١٨٨٩ ولا تؤثر على تطبيقه فى شيء[1] بل الحكومة المصرية حرة فى الالتجاء فى مسائل المخالفات المتعلقة بالضبط والربط الى أى الطريقين طريق الدكرتو أو طريق المادة ١٢ ولكن طريق الدكرتو أسهل وأخصر لما فيها من توفير الوقت اذ يكفى بمقتضاها أن تتحقق الجمعية العمومية من وجود الشروط المطلوبة فاذا وجدتها صادقت وصدر القانون على الفور بعكس الطريق الاخرى فانها طويلة وتحتمل مناقشات كبيرة وتعديلات من جانب محكمة الاستئناف وانتظار ثلاثة أشهر على كل حال

٢٠١ — (٣) المسائل الادارية : من المقرر أنه يجوز لموظفى الحكومة فى مصر أن يتخذوا كل الاجراءات القانونية الجائزة لهم بمقتضى القوانين المعمول بها ولا يكون للمصريين الحق فى الاعتراض على تلك الاجراءات متى كانت قانونية . أما بالنسبة للاجانب فحقوقهم مبينة فى المادة ١١ ل ت م م التى نصت على اختصاص المحاكم المختلطة فى الحكم بالتعويضات التى يطلبها الاجانب من الحكومة المصرية عن الضرر الناشئ عن أعمال الادارة اذا مست هذه الاعمال حقوقاً مكتسبة لهؤلاء الاجانب ومقررة بالمعاهدات الدولية أو بالقوانين أو بالاتفاقات ، وان كانت المحاكم المذكورة لا تستطيع الامر بايقاف تنفيذ العمل الادارى اداري

وقد طبقت المادة المذكورة على المسائل الآتية : أولا — تعويض الموظفين الاجانب الذين ترفتهم الحكومة المصرية من خدمتها ، ثانياً — عدم توزيع مياه الرى طبقاً لقواعد العدل ، ثالثاً — عدم مراعاة القانون فى وضع الضرائب ،

---

[٢٠٠] (١) كذلك يرى فركامر ص ٤٨ و ٣٥ — ٣٧ وهذا حقيقى لان الحكومة للآن تستعمل طريق الدكرتو باطراد

رابعاً — فى مسائل المالية العمومية وعلى الخصوص من أجل المحافظة على المال الاحتياطى وهذا الأمر الاخير أصبح تاريخياً محضاً [1]

نظرة انتقادية فى الاحكام المختلطة

٢٠٢ — ومع ذلك فقد تراخت أحكام المحاكم المختلطة فى السنين الاخيرة الى درجة جعلت حقوق الاجانب غير محمية فى نظرهم الحماية الكافية كما كان ذلك ثابتاً من الاحكام القديمة والسبب فى ذلك ناشىء عن حالة الحرب التى ألحقت مصر بدولة أجنبية ذات شوكة ويهمها أن يكون للحكومة المحلية سلطان على الاجانب يسمح بعدم تعطيل الاعمال الحكومية وباحترام الحكومة فى نظر الجميع على السواء . لذلك يلاحظ التغيير الذى طرأ على عقلية هذه المحاكم فأثر فى أحكامها تأثيراً لمصلحة حقوق السلطة المحلية أو الاقليمية خذ مثلا حكم محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ١٦ ابريل ١٩١٤ (جازيت ٤ ص١٥٤ نمرة ٣٨١) الذى يقرر حق الحكومة بصفة مطلقة فيما يتعلق بما يسمى « أعمال الحكومة » Actes de gouvernement وقضى بحقها فى تدمير آلة تلغراف لاسلكى لأحد الاجانب؛ وأحكاماً متعددة قضت بنظرية المحاكم الاهلية فيما يتعلق بحق الموظفين الاجانب الذين ترفتهم الحكومة [1] وقد كانت المحاكم المختلطة من قبل لا تحترم حكما تأديبياً ولو كانت الاجراءات الادارية التى اتخذت صحيحة وتشكيل مجلس التأديب قانونياً [2] فأصبحت تقضى بأنه متى كان مجلس التأديب مشكلا تشكيلا قانونياً وكان قراره حاصلا بعد اجراءات صحيحة فلا محل للقول بأن الرفت كان فى غير أوانه وأنه متى كان القرار مسبباً فالمحكمة يمكنها التحقق مما اذا كانت حرية الدفاع قد احترمت أم لا

---

[٢٠١] (١) دو روزاس ٢ ص ٤٦٣ — ٤٨٦ وراجع المرافعات بند ٢٩٠ و٢٩٥ مع مقارنتهما فيما يتعلق بالمصريين ببند ١٢٧ و ١٣١ و١٣٢

[٢٠٢] (١) مثلا س م ٣١ دسمبر ١٩١٤ جازيت ٥ ص٤٥ نمرة ١٠٨ وس م ٣ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٩١ نمرة ٢٣٠

(٢) راجع المرافعات بند ٢٩٠ و ٢٩٥

وفيما يتعلق بمجلس الصحة والبحرية والكورنتينات قضت بعض المحاكم بكونه مصلحة مصرية أهلية [٣] وهذا عكس ما كان متبعاً ولكن محكمة الاستئناف رجعت عن هذا الرأى أخيراً [٤] وكذلك يمكن القول بحصول بعض التراخى فى تقرير مسؤولية الحكومة عن أعمال البوليس [٥] وعن الرى [٦] وعن البيوع الادارية [٧] . وربما كان السبب المباشر فى هذا التغيير كثرة تعيين قضاة من المحاكم الاهلية بدلا من القضاة الذين يعتزلون الخدمة فى المختلط من مصريين وأجانب ، وحلول قضاة من جنسيات أخرى محل القضاة الالمانيين والنمساويين

الفصل الثالث

الحمايات

تعدد المعانى

٢٠٣ — تختلف الحماية Protection عن الجنسية Nationalité اختلافاً كبيراً . والحماية لفظ ذو معان متعددة تختلف باختلاف سببها أو منشئها ولذلك فهى تشمل نظامات متعددة لكل منها قواعد خاصة به ولها تاريخ مطول لا حاجة بنا الى التوغل فيه . ففى البلاد العثمانية والمصرية يوجد وطنيون محميون Protégés sujets ottomans ou égyptiens واجانب محميون Protégés étrangers والوطنيون قد يكونون محميين حماية مؤقتة وقد تكون حمايتهم دائمة ووراثية ،

(٣) محكمة اسكندرية المدنية فى ٢٣ يناير ١٩١٤ جازيت ٥ ص ٤٥ نمرة ١٠٩
(٤) س م ٢١ يناير ١٩٢٠ جازيت ١٠ ص ٤٩ نمرة ٧١ رابعاً
(٥) محكمة مصر المختلطة بهيئة استئنافية فى ١٩ يناير ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٧٤ نمرة ١٩٢
(٦) س م ٢١ نوفمبر ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٢٣ نمرة ٦٠
(٧) س م ١٠ مايو ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٢٧

ومن الحماية ما هو سياسى وما هو مدنى وما هو دينى وما هو قانونى وهذا الاخير نتيجة لازمة للانواع الأخرى . وكل هذا غير الحماية المعروفة فى القانون الدولى العام Protectorat وهى حماية دولة لدولة أخرى

حماية سياسية

٢٠٤ — الحماية السياسية Protection diplomatique هذه هى الحماية الوحيدة المقر على وجودها فى البلاد الاوروبية المسيحية وما يشابهها من البلاد المتمدينة مثل الولايات المتحدة الامريكية واليابان الآن . وهى نظام مقرر فى القانون الدولى الخاص لكل دولة عند الدول الاخرى . فالاجانب (عند ما يكونون خارج بلادهم) لهم الحق فى أن يلتجئوا لحماية دولتهم ويطلبون هذه الحماية من الوكلاء السياسيين والقناصل الذين عينتهم هذه الدولة فى البلاد الاجنبية . وهذا الحق يشمل تأمينهم على حياتهم وعلى أموالهم وتمكينهم من التمتع بالحقوق التى يخولها لهم القانون الاقليمى الاجنبى الموجودون هم تحت لوائه والمعاهدات والاتفاقات المعقودة لمصلحتهم [(١)]

الدول غير الممثلة فى الخارج

٢٠٥ — ومع ذلك فقد لا يكون لدولة من الدول معتمدون سياسيون فى دولة أخرى أو فى الدول الاخرى مثال ذلك سويسره وكثير من جمهوريات أمريكا الجنوبية . فرعايا هذه الدول يوضعون باتفاقات خاصة أو بمقتضى العادة أو التقاليد تحت حماية دولة أخرى فمثلا كانت ألمانيا وايطاليا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا تحمى رعايا سويسره فيما بينها فى بلاد العالم [(١)] وتحمى رعايا الدول الأمريكية الجنوبية الولايات المتحدة الامريكية وأسپانيا والبرتغال ؛ ويحمى رعايا مصر الآن ممثلو بريطانيا العظمى فى الدول الاجنبية الى أن يتم تحقيق تمثيل مصر فى الخارج

---

[٢٠٤] (١) ڤاليرى ص ٤٥٩

[٢٠٥] (١) راجع حكم محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٦ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٦٠ الذى قضى، فى حالة وجود شخصين من رعايا سويسره أحدهما مقيد اسمه فى قنصلية فرنسا والآخر غير مقيد اسمه مطلقاً ، بأن المحاكم المختلطة مختصة بنظر القضية بينهما لان أحدهما يعتبر تابعاً لفرنسا من حيث الاختصاص والاخر غير تابع

فى كل البلاد فكلما تحقق التمثيل المصرى فى بلد انتقلت الحماية من السلطة البريطانية الى وكلاء مصر السياسيين أو القنصليين فيها الا اذا عهد فى ذلك الى سلطة أجنبية أخرى بقرار من مجلس وزراء مصر[٢] وذلك فى حالة الحرب مع بريطانيا كما سيأتى فى بند ٢٠٦ (راجع أيضا بند ١٦٨)

الحماية تنتج امتيازات

ولهذه الحماية السياسية ، سواء كانت حماية الدولة الوطنيــة أو دولة أخرى تنوب عنها ، فى البلاد التى لا تزال فيها امتيازات أجنبية ، مثل مصر ، نتائج هامة هى الخروج عن سلطة القوانين والمحاكم المحلية المصرية وهذا الخروج يسمى حماية قانونية Protection juridique ولها النتائج الاخرى المتفرعة من الامتيازات الاجنبية . فاذا كان الاجنبى غير تابع بالحماية الى دولة ذات امتيــازات فى مصر فانه لايكون له الحماية القانونية ويكون خاضعاً بالاقل فى المسائل الجنائية الى المحاكم الاهلية . مثال ذلك انطونيو ماجرى الذى تخلت عن حمايته الدولة البريطانية فانه حوكم أمام المحاكم الاهلية (بند ١٢٥) ومثال آخر أحد رعايا دولة سويسره لم يكن اسمه مسجلا فى أية قنصلية تحميه . حكمت عليه المحكمة القنصلية الفرنسية فى مصر باعتبار أنه من حق فرنسا حماية من لا تحميه دولة معينة اذا كان من رعايا سويسره (والواقع ان فرنسا كانت تدعى أكثر من ذلك من الحقوق — بند ٢٠٨) فلما استؤنف الحــكم أمام محكمة استئناف أكس التى يرفع اليها استئناف القضاء القنصلى الفرنسى فى مصر الغت حكم القنصلية وحكمت بعدم الاختصاص وقررت أن المحكمة الوحيدة المختصة هى المحكمة الاهلية . لأن فرنسا لا تستطيع أن تحمى الا من قيد اسمه فى سجلاتها القنصلية بارادته واختياره فهى تحميه وتكون مسئولة

---

(٢) قرار وزير الداخلية الصادر بموافقة مجلس الوزراء فى ٤ يوليه سنة ١٩٢٣ المتعلق بوضع الاحكام الخاصة بجوازات السفر (بند ١٦٨) وهو مبنى فى الاصل على الحماية البريطانية التى ضربت على مصر فى سنة ١٩١٤ فقد جاء فى الخطاب المرسل من وزارة خارجية انجلترا الى المرحوم السلطان حسين أنه « بعد اعلان الحماية البريطانية يكون لجميع الرعايا المصريين أينما كانوا الحق فى أن يكونوا مشمولين بحماية حكومة جلالة الملك »

عنه وقد أثار هذا الحكم سخط الاستاذ دوروزاس الذى يريد أن يجعل فرنسا حامية من لا حامى له مستنداً فى ذلك على تاريخ الامتيازات والحمايات فى تركيا[٣]

الحماية القهرية

٢٠٦ — وللحماية السياسية أسباب قهرية أيضاً وذلك اذا ما قطعت العلائق السياسية بين دولتين اما بسبب الحرب واما بسبب اختلاف شديد فى الرأى فى نزاع معين فان رعايا احدى الدولتين يوضعون تحت حماية دولة أخرى محايدة لتحميهم فى الدولة الثانية وذلك يكون باتفاق بين الدول المختصة فمثلا فى الحرب الكبرى وضع الالمانيون فى بريطانيا العظمى وملحقاتها تحت حماية الولايات المتحدة الامريكية وحصل ذلك فى مصر الى أن صدر بلاغ عرفى بريطانى فى ١٥ ابريل ١٩١٥ بانشاء محاكم بريطانية خاصة للالمان[١] واستمرت حماية امريكا للالمانيين من الوجهة السياسية المجردة عن الاختصاص القضائى ، الى أن قطعت العلاقات السياسية بين امريكا والمانيا

الحماية الدولية وآثارها

٢٠٧ — كذلك اذا وضعت دولة تحت حماية دولة أخرى طبقاً للقانون الدولى العام فيوضع رعايا الدولة المحمية تحت حماية الدولة الحامية ويخضعون فى مصر لقضاء الدولة الحامية فمثلا رعايا تونس ومراكش يتمتعون بحماية فرنسا عندنا ويخضعون لقضاء المحاكم القنصلية الفرنسية كما لو كانوا فرنسيين ولكن تطبق عليهم القنصليات الفرنسية قوانين أحوالهم الشخصية الاسلامية أو غيرها بحسب أديانهم بيد أنه يلاحظ أن الحماية المبنية على دخول دولة فى حماية أخرى لا تنتج اثرها السياسى فى مصر الا بعد اقرار الدول صاحبات الامتيازات فى مصر على الحماية[١]

---

(٣) القضية واردة فى كلونيه سنة ١٨٩٦ ص ٨٦٧ ودوروزاس ٢ ص ١٨ وقد قررت محكمة اكس أنه اذا فرض وكان لفرنسا حق ما فى محاكمة الاجانب الذين لم يكن لهم ممثلين فى تركيا فان هذا الحق قد زال فعلا بوجود ممثلين للحكومات المختلفة التى أخذت امتيازات من تركيا وقررت أيضا أن الامتيازات لم يوجد فيها أثر لهذا الحق وهذا صحيح

[٢٠٦] (١) جازيت ٥ ص ١١٢ — ١١٣

[٢٠٧] (١) مثال ذلك حكم محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣، جازيت ٣ ص ١١٦ نمرة ٢١٤

وقد حكمت المحاكم بأن الانتداب Mandat ليس كالحماية فلا يعتبر السوريون كالفرنسيين من حيث اختصاص المحاكم المختلطة فى قضاياهم مع الاهالى [٢]

الحماية المدنية (١) للاجانب

٢٠٨ — الحماية المدنية protection civile — يلاحظ أن الحماية السياسية التى تقدم الكلام عليها هى حماية للأشخاص باعتبارهم طوائف أو جماعات سياسية . ولكن تاريخ الامتيازات الاجنبية فى الدولة العثمانية يشتمل على نوع آخر من الحماية كانت تتمتع به فرنسا من قديم ومن بعدها بعض الدول الاخرى وهو حمايتهن لرعايا الدول التى لم يكن لهن فى وقت معين امتيازات فى الدولة العلية اذا طلبوا ذلك من السلطات الفرنسية أو غيرها ولكن هذه الحماية كانت لأغراض خاصة يلتجئ اليها الاجانب الذين يتفقون مع تلك السلطات على الانتفاع من الامتيازات التجارية ومن الحماية السياسية التى تقوم بها الدول صاحبات الامتيازات فى الدولة العلية وهى حمايات فردية بمعنى أنها مقصورة على من يحصل عليها شخصياً له ولعائلته وليست حماية طوائف كما تقدم فى الحماية السياسية ؛ وسببها عدم وجود ممثلين سياسيين لبعض الدول أو امتيازات لها فى الدولة العلية ولم تنص الامتيازات على أن فرنسا تكون الحامية لرعايا الدول التى ليس لها امتيازات بل انما نصت على جواز سير سفنهم تحت الإعلام الفرنسية . واذا كان الفرنسيون يدعون حماية رعايا جميع الدول ولو لم يطلبوا ذلك منهم فان التاريخ لا يصدقهم فى ذلك وعلى كل حال فقد انتهى عصر تلك الدعوى من الوقت الذى أصبح فيه لكل الدول تقريباً امتيازات خاصة وممثلون خاصون فى تركيا كما أكد ذلك حكم محكمة استئناف اكس (بند ٢٠٦) والنتيجة أنه فى الوقت الحاضر فى مصر

(٢) محكمة اسكندرية المدنية بهيئة استئنافية ٢ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٣ نمرة ٣٤١ وراجع بخصوص حقوق وواجبات الحكومات المنتدبة وحالة البلاد الموصى عليها مقالة متينة فى مجلة Law Quarterly Review عدد اكتوبر ١٩٢٣ نمرة ١٥٦ مجلد ٣٩ ص ٤٥٨ — ٤٧٥

لا يمكن للقنصليات بوجه عام أن تدعى حماية أى أجنبى الا اذا لم تكن له قنصلية تابعة لدولتــه فى مصر و بشرط أن يكون قد سجل اسمه فى سجل القنصليات المذكورة ولهذه الحماية الخاصة أساس فى النصوص لأن امتياز سنة ١٧٤٠ كان دائماً ينص على الرعايا الفرنسيين ومن هم تابعون الى فرنسا أو من تحميهم فرنسا

Français et dépendant de la France ou protégés de la France

آثار الحماية المدنية للاجانب

ويترتب على هذه الحماية تشبيه المحميين بالفرنسيين مثلاً فى كل حقوقهم فى الامتيازات الاجنبية قبل الحكومة العثمانية من كل الوجوه ولكن اذا نظرنا الى حقوقهم من حيث علاقتهم بالدولة الحامية وجدنا أنهم ليسوا برعاياها وهم لا يزالون يحفظون جنسيتهم والحماية لا تنزع هذه الجنسية ولا تلحقهم بالفرنسيين من حيث الحقوق والواجبات الوطنية الخاصة بالفرنسيين فلا يمكنهم أن يكونوا محلفين مثلا فى القنصليات ولا يلزمون بالخدمة العسكرية للدولة الحامية بل حقوقهم من هذه الوجهة وواجباتهم تكون قبل الدولة التى هم تابعون لها من حيث الجنسية . وقانون أحوالهم الشخصية الوطنية هو الذى تحكم لهم بمقتضاه سلطات الدولة الحامية [1]

الحماية الدنية (٢) للعثمانيين

٢٠٩ — وهناك نوع آخر من الحماية المدنية هو النوع الذى لا تزال له آثار عظيمة باقية للآن والذى ألحق ضرراً كبيراً جداً بسيادة الدولة العلية على رعاياها وهو حماية العثمانيين أنفسهم . وقد ظهر هذا النوع الخبيث من الحماية غير المشروعة عند ما أساء ممثلوا الدول الاجنبية استعمال حق الامتياز السياسى المعطى لهم فى اختيار أتباعهم وموظفيهم فى الدولة العلية وملحقاتها . وقد كانت فرنسا هى البادئة بهذا الافتيات وتفوقت عليها فيه بعض الدول الأخرى وعلى الخصوص الروسيا واليونان . وقد كان لرعايا الدولة العلية نصيب كبير من هذا الاجرام فانهم أرادوا أن يتشبهوا بالاجانب و يتمتعوا بامتيازاتهم فى وجه حكومتهم خصوصاً من كان منهم من أصل

---

[٢٠٨] (١) دو روزاس ٢ ص ٤٠ — ٥٦

أرمنى أو رومى أو من كان مغضوباً عليه من حكومته المحلية فرأوا منفذاً سهلا للحصول على تلك الامتيازات ، فتحته لهم سياسة التوسع فى النفوذ من جانب ممثلى الدول الاجنبية وسعيهم فى الحصول على أكبر عدد ممكن ممن ينتمون اليهم من أهل البلاد فتزداد بذلك عظمتهم وتتسع دائرة سيطرتهم وتتضاعف متاجرهم فتنافست الوكالات السياسية والقنصليات الاجنبية فى الاكثار من عدد المستخدمين منها بالاسم من مترجمين وكتاب وقواسين وخدم يحصلون جميعاً على براءات من السلطة المحلية فيصبحون « براءتليه » وتجعلهم براءاتهم فى عداد الاجانب حكما فتعفيهم من الضرائب المفروضة على غير الاجانب وترفع من شأنهم فى نظر السلطة المحلية وفى نظر من لم يستطع الحصول على هذه الامتيازات ثم جاء وقت استغنت فيه السلطات القنصلية عن موافقة الدولة العلية على منح الامتيازات لرعاياها بواسطة شهادات حماية تمنحها من نفسها بلا اذن ولا حساب فأصبحت القنصليات وموظفوها وخدمها يبيعون البراءات والشهادات القنصلية بيعاً وازداد عدد المتمتعين بالحمايات زيادة فاقت كل حد متصور [1] حتى اضطرت الحكومة العثمانية الى اتخاذ اجراءات شديدة لمنع هذه التجارة المفسدة لكل نظام والمقوضة لدعائم السيادة فيها — والتجأت فى ذلك الى طرق مختلفة منها أنها فى سنة ١٧٩٩ قررت مساواة الاهالى بالاجانب فيما يتعلق بالضرائب الجمركية حتى يقل الاقبال

---

[٢٠٩] (١) راجع تاريخ هذه المسائل فى دو روزاس ٢ ص ٢٢ ،، خصوصاً ص ٣٠ ،، وقد كانت انجلترا أول من حصل بالنص فى امتيازاته فى سنة ١٦٧٥ على حق تعيين أى عدد من الياسقجية فى خدمتها وتألمت من ذلك فرنسا ألماً شديداً الى أن حصلت على ذكر الحق نفسه فى امتياز سنة ١٧٤٠ وكذلك الروسيا حصلت عليه بالنص فى سنة ١٧٨٣ فكان هذا العصر مبدأ الفساد الذى ذكرناه وقد بلغ عدد من تحميهم روسيا فى سنة ١٧٧٤ سبعة ملايين عثمانى من أروام وأرمن . وفى أقل من عشرين سنة بعد استقلال بلاد اليونان كان لليونان من المحميين فى الدولة العلية ١٥٠،٠٠٠ عثمانى مولودين من آباء عثمانيين فى البلاد العثمانية وكان فى ذلك الوقت فى الاستانة وحدها ٢١،٠٠٠ رومى عثمانى حصلوا على الجنسية اليونانية بطريق الغش والتدليس — دو روزاس ٢ ص ٣٤ و ٣٥ والمراجع التى به

على الحمايات ومنها الاحتجاج لدى ممثلى الدول وطلب اقتصارهم على منح البراءات لموظفيهم القائمين فعلا بخدمتهم فى السفارات والقنصليات وعدم اعطاء جوازات passports بدون موافقة الحكومة العثمانية وعدم منح شهادات بالحماية الى أى عثمانى مطلقاً . ولما وجدت أن هذه الوسائل المشروعة لم تجد نفعاً أساءت معاملة الاهالى المحميين فصادرت من أموالهم وأودعت منهم فى السجون وطردتهم من بلادها وأعدمت عدداً منهم على ما قيل ومع ذلك فقد استمر الفساد مستحكما الى سنة ١٨٦٣ . قبيل ذلك التاريخ احتجت لدى الدول احتجاجاً شديداً وهددت بالتنكيل برعاياها الذين يخرجون عن سلطتها و بذلك تمكنت من الاتفاق مع الدول على تعيين لجنة مختلطة لفحص أوراق الحمايات ومن مصادقة الدول بعد ذلك على قانون القنصليات الاجنبية فى الديار العثمانية الذى صدر فى ٢٣ صفر سنة ١٢٨٠ (أغسطس سنة ١٨٦٣) فتبدلت به الحال وتحسنت بشكل مطلق بالنسبة للمستقبل ولكن القانون المذكور لا يسرى على الماضى بحسب الاتفاق الشفهى (٢) المنعقد فى التاريخ نفسه بين الحكومة العثمانية وممثلى الدول المختصة

قانون القنصليات العثمانى

حدد قانون القنصليات عدد المترجمين Dragomans فجعلهم أربعة وعدد الياسقچية Yassakdjis فجعلهم أربعة أيضاً للقنصليات العمومية (الجنراليه) وجعلهم ثلاثة من كل نوع للقنصليات الأخرى واثنين من كل نوع لوكلاء القناصل فاذا احتاج الحال لاكثر من ذلك وجب الاتفاق مع الباب العالى من أجل الاقرار على امتياز من زادوا عن العدد المحدد . وعلى كل حال لا بد من تصريح وزارى من أجل التعيين حتى يحصلوا على الامتيازات السياسية . ولا يصح تعيين عثمانى بصفة قنصل أو وكيل قنصل لأية دولة أجنبية الا فى أحوال استثنائية و بشرط موافقة

---

(٢) هو شفهى اسما ولكن حقيقة الاتفاق الشفهى Convention ou note verbale فى القانون الدولى العام أنه يكتب ويتفق على نصه ولكنه لا يأخذ الشكل الرسمى للمعاهدات الدولية مع ذلك تبقى نصوصه ليرجع اليها عند اللزوم — النص فى دوروزاس ٢ ص ٤٠

الباب العالى مقدماً . ويجوز للبعثات الدينية missions ecclésiastiques أن يكون لكل منها وكيل procureur ومترجم يتمتعان بالامتيازات السياسية مثل موظفى القنصليات المسموح بهم [٣]

آثار الحمايات القديمة

٢١٠ — حالة أصحاب الحمايات السابقة على سنة ١٨٦٣ : هؤلاء لا يسرى عليهم القانون الجديد طبقاً لما ذكرناه فى البند السابق بناء على الاتفاق الشفهى المذكور . ولكن يلاحظ فى حالتهم أمران الاول أنهم مستقلون عن السلطة المحلية هم وعائلاتهم وأولادهم ونسلهم جميعاً ؛ الامر الثانى أنهم لا يزالون عثمانيين ولم يكتسبوا الجنسية الاجنبية من الحكومة التى تحميهم . فباستقلالهم عن السلطة المحلية وبحكم الحماية التى تظلهم من جانب الدولة الاجنبية يتمتعون بالحقوق التى خولتها الامتيازات للأجانب فى البلاد العثمانية : لهم حق الاقامة والانتقال (بند ١٦٨) وحرية الاتجار (بند ١٧١) والحرية الدينية (بند ١٧٠) وحرمة المساكن والخروج عن حكم المحاكم المدنية والجنائية كالاجانب وحق عدم دفع الضرائب المفروضة على الوطنيين [١] ومع ذلك فمسائل الاحوال الشخصية مستثناة مما ذكر بمعنى أنها تبقى خاضعة لقانون أحوالهم الشخصية الاصلى ولمحاكم ذلك القانون [٢] لان الحماية لا تنزع الجنسية

---

(٣) راجع قانون القنصليات فى ارمانجون « الاجانب وأصحاب الحمايات ص ٣٢٥ » ، و س م ١٢ يناير ١٩١٨ جازيت ٦ ص ٧٣ نمرة ٢٢٦ حيث قضت المحكمة بأن وكيل الكنيسة المشمولة بحماية فرنسا يعتبر مثل الاجانب ويحاكم أمام المحاكم المختلطة مع كونه عثمانياً بحسب الجنسية وذلك رغماً من كون فرنسا قد فصلت الكنائس عن الحكومة فى سنة ١٩٠٥ لان هذا الفصل يعتبر سارى المفعول على فرنسا فقط وغير حاصل بالنسبة للشرق بل بالعكس فان الحكومة الفرنسية تحمى فى الشرق الكنائس الكاثوليكية لاسباب سياسية مع أنها جردتها من أموالها ومن سلطتها فى فرنسا — قارن أيضاً حكم المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٠ مايو ١٩١١ جازيت ١ ص ١١٩ — ١٢٠ وحكم مصر الجزئية المختلطة فى الجازيت ٣ ص ٩٠ نمرة ١٧٤

[٢١٠] (١) دوروزاس ٢ ص ٥٧ والمادة ١١ من قانون القنصليات الاجنبية التى تعفى المحميين بمقتضى القانون الجديد من الضرائب مدة حمايتهم المؤقتة وبند ١٦٩ « هنا

(٢) ومع ذلك فقد حكمت محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة بأنه ما لم يكن المحمى مسلماً فان أحواله الشخصية فى حالة عدم امكان معرفة جنسيته (ويقصد بها قانون حالته

العثمانية فتبقى الاحوال الشخصية خاضعة لقانون الجنسية وللمحاكم هذا القانون أى للقانون العثمانى والمحاكم العثمانية وهى تختلف بحسب الدين غير أن القنصليات الاجنبية قد اعتبرت نفسها دائماً مختصة بتصفية تركات أصحاب الحمايات الدائمة وبالحكم فى تقسيم هذه التركات على من يستحقها طبقاً للشريعة الاسلامية أو للشريعة التى كان عليها الميت بحسب الاحوال وذلك لأن هذه المسائل ليست من اختصاص المحاكم غير الاسلامية بالنسبة للعثمانيين فكان الاختصاص بها فى نظر القنصليات أولى لها منه للمحاكم الشرعية الاسلامية ولكن هذا لا ينفى اختصاص المحاكم الشرعية أيضاً لأن هذه لا يرتفع اختصاصها فى الدولة العلية الا برضاء جميع الخصوم غير المسلمين فى مادة المواريث [٣]

ويخضع المحميون فى كل الاحوال لقوة قناصل الدولة الحامية وسلطانهم غير أنه ليس لهؤلاء أن يطردوهم من أراضى الدولة العلية [٤]

الحمايات الجديدة مؤقتة وشخصية

٢١١ — حالة أصحاب الحمايات بعد سنة ١٨٦٣ : هذه مبينة فى قانون سنة ١٨٦٣ وتتلخص فى أن القاعدة بالنسبة اليهم هى مساواتهم من حيث الحقوق بأصحاب الحمايات الدائمة أو المعتادة ولكن القيد الجوهرى بالنسبة اليهم أن حمايتهم «شخصية» محضة أى لا ينتفع منها غير أشخاصهم دون عائلاتهم أو أولادهم وهى «مؤقتة» حتما تنتهى بانتهاء أعمال الوظيفة التى يشغلها الشخص أو بوفاته ولا تنتقل من بعده الى ورثته مطلقاً . ومع كونهم يتمتعون بالامتيازات الاجنبية فان أموالهم تخضع للضرائب العقارية ولا يعفون من الخدمة العسكرية أو البدلية ومع ذلك فان قانون القرعة

الشخصية) الاصلية تكون خاضعة لقانون البلد الذى يحميه وبذلك حكمت بان من كانت تحميه دولة النمسا حماية دائمة ووراثية يكون خاضعا لذلك القانون ولا يبلغ الرشد قبل ٢٤ سنة (٩ دسمبر ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ آخر النهر الاول)

(٣) قارن دو روزاس ٢ ص ٥٨ — ٦٢ حيث يدافع عن هذا الرأى مع اقراره بكونه مخالفاً لما اثبته من وجوب بقاء أحوالهم الشخصية خاضعة من كل الوجوه للقانون والقضاء المحليين

(٤) دو روزاس ٢ ص ٦٣

العسكرية المصرى الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ قد نص صراحة فى المادة الأولى فيه على استثناء العثمانيين الذين تحميهم دولة أجنبية من الخدمة العسكرية وهذه مجاملة للدول أهدتها الحكومة المصرية فى ذلك الوقت عن طيب خاطر مخالفة فى ذلك نص القانون العثمانى الصريح

و بتطبيق قواعد الدكرتو المصرى المتعلق بالقناصل ونحوهم (بند ٧٥) عليهم فيما يتعلق باختصاص المحاكم المصرية ، نجد أنهم يعتبرون كالأجانب فيخضعون للمحاكم المختلطة دون المحاكم الاهلية ولا يخضعون للمحاكم المصرية مطلقاً فيما يختص بأعمالهم الرسمية لان لهم الامتياز السياسى باعتبارهم فى خدمة الوكالات السياسية أو القنصلية

وباعتبار أن امتيازهم شخصى خاص بهم فهو لا يمتد الى حالة ما اذا كانوا ممثلين لأولادهم القصر مثلا أو وكلاء عن غيرهم فالعبرة فى هذه الحالة بجنسية القاصر أو الموكل ولا تتأثر أحوالهم الشخصية مطلقاً باتصالهم بالقنصليات بل تبقى كما كانت أى خاضعة من كل الوجوه للقانون والاختصاص المحليين(١) واذا ماتو فان تركاتهم تكون أيضاً خاضعة للقانون المحلى والسلطات المحلية(٢)

٢١٢ — الحماية الدينية Protection religieuse بجانب الحماية السياسية والحماية المدنية كان يوجد فى البلاد العثمانية نوع ثالث هو الحماية الدينية وسميت كذلك لانها ممنوحة للهيئات الدينية الاجنبية ولأعضاء هذه الهيئات فيما يتناولها فيه وتنحصر فى النيابة عن هذه الهيئات أو تمثيلها والدفاع عنها أمام الحكومة المحلية وهى عبارة عن الكنائس والمستشفيات والمدارس والمعاهد الاجنبية التى تحميها دولة أجنبية فاذا ما لاقت صعوبات فى أعمالها الدينية من جانب السلطات المحلية الحماية الدينية

[٢١١] (١) س م ٢٩ دسمبر ١٨٩٨ ج ت م ١١ ص ٧٦ و س م ٢٠ فبراير ١٩٠١ ج ت م ١٣ ص ١٦٢ و س م ١٨ ابريل ١٩٠١ ج ت م ١٣ ص ٢٢٥
(٢) س م ١٢ يونيه ١٩٠١ ج ت م ١٣ ص ٣٦٧

التجأت الى قنصل الدولة الحامية تطلب منه أن يساعدها عند هذه السلطات و يدافع عن حقوقها و يحصل لها على ما تبتغيه من عمل أو ترضية أو نحو ذلك . وهذه المساعدات مضمونة من جانب القنصل مهما كانت جنسية العضو أو الاعضاء المحتاجين الى المساعدة بسبب أعمالهم الدينية . وهى عبارة عن حماية سياسية يقوم بها قناصل دول معينة بدعوى المحافظة على حرية الأديان المضمونة بالامتيازات الاجنبية . وأساسها التبشير بالدين المسيحى فى الاقطار الشرقية وتاريخها طويل جداً ومملوء بالتعقيد والغموض بحيث لا نستطيع أن ندخل فيه هنا ويكفينا أن نشير الى أن هذه الحماية الدينية كانت تقوم بها بعض الدول فقط وأهمها فرنسا والنمسا والمانيا وايطاليا وأهم بقعة كانت تظهر فيها هذه الحماية هى البقعة المقدسة أو الامكنة المقدسة فى فلسطين

ونتائج هذه الحماية الدينية تمتع أصحابها بالامتيازات الاجنبية كما لو كانوا جميعاً أجانب تابعين للدولة التى تحميهم وقد نصت المعاهدات التى قارنت انشاء المحاكم المختلطة على استثناء جميع المعاهد الدينية الاجنبية المذكورة من حكم هذه المحاكم غير أن الدول عادت فاتفقت مع الحكومة المصرية على معاملة هذه المعاهد بمقتضى الدكرتو الصادر فى سنة ١٩٠٠ بخصوص القناصل (بند ٧٥) ولم يتفق بعض الدول على هذه الحالة الاخيرة ولكن المحاكم المختلطة قررت أن الدكرتو يجب أن يعتبر أنه القاعدة العامة الواجب اتباعها فى حق كل المعاهد سواء وافق أصحابها على سريانه عليها أم لم يوافقوا وقضت بذلك بصفة خاصة بالنسبة لرجال البعثة الامريكية البروتستانتية (١)

٢١٢ مكرراً — هذا ولا بد قبل اختتام هذا الموضوع التعريف عن أن جميع الامتيازات والحمايات الاجنبية الشاذة (أى التى كانت منتقصة لسيادة الحكومة المحلية) قد ألغيت فى تركيا الغاء تاماً بمقتضى معاهدة لوزان (بند ١٦٦) فأصبح

---

[٢١٢] (١) س م ١٨ يناير ١٩٠٦ ج ت م ١٨ ص ٧٧ والمرافعات بند ٢٧٩

الاجانب الآن فى تركيا مثلهم فى سائر الدول الأخرى وأصبح للحكومة التركية عليهم من السلطة من كل الوجوه ما للحكومات الأخرى مثل فرنسا وانجلترا ولم تضمن معاهدة لوزان للكنائس والمدارس والمعاهد الدينية الأجنبية أية معاملة استثنائية أو احتراماً خاصاً حتى ولم تتقيد تركيا الجديدة باحترام الامتيازات الاقتصادية الخاصة التي منحت للافراد الاجانب فيما مضى ؛ وقد سكتت المعاهدة بالكلية عن حماية الأرمن وحماية أرمينيا فتبددت بذلك أحلام جميلة كانت سائدة فى الاذهان الى قبيل انتهاء مفاوضات لوزان ولم يبق مقيداً لتركيا الا القيود العامة الموضوعة لها ولغيرها لضمان حماية الاقليات ولكن لا دخل لهذه القيود فى مسائل الامتيازات والحمايات الاجنبية التى زالت نهائياً من تركيا . أما فى مصر فاننا سوف نتحمل زمناً غير قصير جميع المتاعب التى ورثناها عن الامبراطورية العثمانية والتى لا تريد بريطانيا العظمى أن نستريح منها بسهولة الا اذا ضمنت لنفسها مركزاً خاصاً فى مصر (بند ٢١٣)

الفصل الرابع
رعوية الحكومة المحلية

٢١٣ — الرعوية المحلية Indigénat أو Egyption Local Nationality اصطلاح تاريخى ممقوت يدل على أن الحكومة التى يطلق على رعاياها لفظ « رعايا الحكومة المحلية أو الاهالى » حكومة ناقصة السيادة على سكان بلادها فيكون منهم من هو تابع لها وهم الاهالى ومنهم من ليس خاضعاً لاحكامها من كل الوجوه وهم الاجانب وفى حالة مصر الخاصة الرعوية المحلية لفظ يشعر بأن مصر

ليست حكومة مستقلة ولذا ليس لأهلها جنسية خاصة بهم مشتقة من حكومتهم المحليــة بل أن جنسيتهم يشتركون فيها مع غيرهم وهم سائر العثمانيين الآخرين فتعينت صفة أهلها بكونهم رعية الحكومة المحلية ولم تتعين بكونهم « مصريين » لهم جنسية حكومتهم المصرية

مصر دولة مستقلة ذات سيادة

وقد انتهى هذا العهد من الوجهة النظرية بانفصال مصر عن الامبراطورية العثمانية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٤ بقرار الحكومة البريطانية المحتلة للقطر المصرى والتى أعلنت حمايتها عليه ، على أثر وقوع الحرب العظمى الماضية وباقرار الحكومة العثمانية على هذه الحال أولا فى معاهدة سيفر (مادة ١٠١ ") وثانياً بمعاهدة لوزان المصدق عليها من تركيا فى ٢٤ يوليه سنة ١٩٢٣ وثالثاً باعلان الحكومة البريطانية الغاء الحماية التى ضربت على مصر فى سنة ١٩١٤ واقرارها بأن مصر أصبحت دولة حرة مستقلة ذات سيادة وذلك بمقتضى تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢

أين قانون الجنسية المصرية؟

ومع ذلك فالآن لم يصدر قانون مصرى بالجنسية المصرية ولم يتسن لمصر أن تنتفع من استقلالها من حيث بسط سيادتها على الجزء المنتقص فعلا من تلك السيادة فلا هى تمكنت من ازالة الامتيازات الاجنبية ولا هى تستطيع ذلك بسهولة وقد حفظت انجلترا لنفسها حق حماية الاجانب والاقليات فى مصر فيما احتفظت به من المسائل فى تصريح ٢٨ فبراير ، ولا هى تمكنت من عمل أى تغيير ظاهر من وجهة القانون الدولى الخاص ، فى الحالة التى كانت عليها من قبل . ولذلك لا بد لنا من الكلام على الرعوية المحلية باعتبار الماضى والحاضر

لا أهمية للرعوية المحلية فى الخارج

فهذا اللفظ يجب الاهتمام بتعريفه من حيث كونه مانحاً لبعض الحقوق وموجباً لبعض الواجبات داخل القطر المصرى فقط . أما خارج القطر فانه لا أهمية له بالكلية . والمهم خارج مصر ، أى فى المسائل الخارجية ، هو معرفة الجنسية التى ينسب اليها سكان القطر المصرى غير الاجانب . وهذه الجنسية كانت قبل سنة ١٩١٤ الجنسية العثمانية فى نظر القانون الدولى العام بلا شك ولا جدال وان

تطور حالة المصريين السياسية

كان اتصال مصر بالحكومة العثمانية يكاد يكون مقطوعاً مادياً منذ زمن طويل بدليل أنه فى سنة ١٩١١ لما وقعت الحرب الايطالية العثمانية وقفت مصر على الحياد بسبب وجود القوات البريطانية المحتلة وقد كان الواجب اذا كانت مصر عثمانية ألا تقف محايدة ولكنها وقفت على الحياد التام . ولم يكن ليؤثر الاحتلال البريطانى على جنسية المصريين العثمانية ولا أثرت الحوادث المادية أى تأثير على ذلك الموقف الى أن أعلنت بريطانيا العظمى حمايتها على مصر من تلقاء نفسها ببلاغ أصدرته ولم توافق عليه مصر ولا هى اعترفت به فى أى وقت من الأوقات فكانت الحماية باطلة فى نظر المصريين وهو ما أدى بها الى اعلان انتهائها بتصريح ٢٨ فبراير ولكن الدول الاجنبية صادقت على حماية سنة ١٩١٤ فاعترفت بمركز بريطانيا فى مصر ؛ وتصريح ٢٨ فبراير[١] وان تضمن انتهاء الحماية فانه ينص على تحفظات تصرح بريطانيا ببقاء الحال فيها كما هى الآن الى أن يتم الاتفاق عليها بينها و بين مصر بطريق المفاوضات فلا يمكن والحالة هذه أن تعتبر الدول الاجنبية ان مصر مستقلة تمام الاستقلال من وجهة القانون الدولى العام[٢] ؛ ومع ذلك فمتى صدر قانون الجنسية المصرية[٣] وكان على نمط قوانين البلاد المستقلة فعلا (بند١٠٦ "") و بعد

---

[٢١٣] (١) منشور فى الوقائع المصرية عدد ٢٨ فبراير ١٩٢٢ نمرة ٢٠

(٢) يرجع فى هذا الموضوع الى الكتب الحديثة الآتية : كتاب الدكتور لطيف حمايه المحامى فى مصر وعنوانه حالة مصر الدولية ابتداء من سنة ١٩١٤ La condition internationale de L'Egypte depuis 1914, Paris 1922 وفيه تفاصيل تاريخية دقيقة وأبحاث جليلة ومراجع كثيرة ؛ وكتاب فوشيل فى القانون الدولى العام بند ١٨٧ سابعاً و١٨٩ و ١٩١ و ٣٠١ سابعاً من الجزء الاول القسم الاول وهو مملوء بالبيانات الحديثة المفيدة وكتاب هايد فى الدولى العام الجزء الاول ص ٢٧ و ٣٨ ، ومقالة فى مجلة القانون الدولى ومقارنة الشرائع سنة ١٩٢٢ ص ٣٨٥ "" وسنة ١٩٢٣ ص ٦٦ "" للدكتور روزيه المحامى

(٣) راجع فى الصعوبات المحيطة بالموضوع بند ١٠٣ هنا وكلمة جاءت فى جورنال المحاكم المختلطة عدد ٧ مايو ١٩٢٣ ونشرها كلونيه ١٩٢٣ ص ٧٤٢ — ٧٤٣ وفيها الصعوبات التى نشأت على الخصوص بعد الحرب وهى انفصال أجزاء كثيرة عن الامبراطورية العثمانية وصعوبة تحديد جنسية رعايا بعض الاجزاء المفصولة ، وكذلك ليس من السهل بيان

أن يتم تمثيل الحكومة المصرية فى أهم أقطار العالم فان المصريين يتمتعون حينئذ فى البلاد الاجنبية بحماية الحكومة المصرية من الوجهة السياسية . أما الآن فان السلطات البريطانية السياسية والقنصلية تقوم بحمايتهم فى البلاد الاجنبية وهو ما نص عليه خطاب وزير خارجية انجلترا المبلغ الى المرحوم السلطان حسين (بند ١٠٣ حاشية ٣) وهو ما أقرته الوزارة المصرية أخيراً بموافقتها على قرار وزير الداخلية المتعلق بجوازات السفر (بند ١٦٨)

أهمية الرعوية المحلية فى مصر

٢١٤ — أما من حيث الأمور الداخلية فى مصر فان بعض الحقوق والواجبات تتوقف على كون الشخص من رعايا الحكومة المحلية فمثلا وظائف الحكومة المحلية محفوظة لرعايا الحكومة المحلية (من الوجهة النظرية أو القانونية لا فى الواقع) وقد نص الدستور المصرى فى المادة الثالثة على أن يعهد الى « المصريين » بالوظائف العامة مدنية كانت أو عسكرية ولا يولى الاجانب هذه الوظائف الا فى أحوال استثنائية يعينها القانون — وهى لم تتعين بعد ولم تتغير الحال فى هذه النقطة الا قليلا باعتزال بعض الموظفين الاجانب خدمة الحكومة فى مقابل تعويضات استثنائية تشترطها بريطانيا العظمى من أجل ذلك . وتطلب الخدمة

من حيث الوظائف

من تنصب عليهم الجنسية المصرية من الافراد الذين كان أصلهم من الاجزاء المذكورة ولذلك ينتظر أن يتأخر صدور قانون الجنسية الى أجل قد يطول كثيراً

وقارن ما ينتظر من الخلاف بين مصر وانجلترا من جهة ومصر والدول الاخرى من جهة أخرى ، بما حصل بالفعل بين انجلترا وفرنسا من الخلاف الذى قضت فيه محكمة القضاء الدولى المستديمة فى ٧ فبراير ١٩٢٣ بصفة استشارية وسبب الخلاف أن فرنسا أصدرت قوانين للجنسية فى تونس ومراكش فى ٨ نوفمبر ١٩٢١ وطبقتها على رعايا بريطانيين (مالطيين) فاحتجت انجلترا وطلبت رفع الامر الى القضاء الدولى فرفعه مجلس عصبة الامم وعارضت فرنسا مدعية بأن الامر انما يخصها هى وتمسكت انجلترا بأن تطبيق قوانين الجنسية الفرنسية بالنسبة للبريطانيين أمر ليس متعلقاً بالسيادة الداخلية فحسب بل هو مما يدخل فى نطاق القانون الدولى لانه يتوقف على سيادة حكومتين ويدخل ضمن اختصاص المحكمة طبقا للمادة ١٥ بند ٨ من صك جمعية الامم — راجع كلونيه ١٩٢٣ ص ١٨٦ — ١٨٨ ومجلة القانون الدولى ومقارنة الشرائع ١٩٢٣ ص ٢٩١ — ٣٠١ والحكم نفسه فى المجلة المذكورة ص ٣٢٨ — ٣٤٤ وفيه دفاع الطرفين

من حيث التجنيد

العسكرية من العثمانيين المقيمين فى مصر أو الذين تتوافر فيهم شروط خاصة بالاقامة فى مصر يعينها القانون الخاص بذلك الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ وقد نص الدستور المصرى فى المادة ١٤٧ على أن القانون يبين طريقة التجنيد و نظام الجيش ولمّا يتقرر فى ذلك شىء للآن

من حيث الانتخاب

وكانت الانتخابات لمجالس المديريات والجمعية التشريعية من حق « المصريين رعايا الحكومة المحلية » طبقاً لقانون الانتخاب الصادر بنمرة ٣٠ لسنة ١٩١٣ فنص قانون الانتخاب الجديد على أن لكل « مصرى » حق الانتخاب وقضت المادة ٩٣ من هذا القانون بأنه «الى أن يصدر قانون بشأن الجنسية المصرية يعتبر مصرياً كل من ورد ذكره فى المادتين الاولى والثانية من الأمر العالى الصادر فى ٢٩ يونيه ١٩٠٠ بشأن من يعتبرون من المصريين » وهؤلاء فى نظر ذلك القانون هم (١) كل من توطن فى مصر قبل سنة ١٨٤٨ وحفظ فيها موطنه (٢) العثمانيون المولودون فى مصر من والدين متوطنين فيها متى كانوا قد حافظوا على موطنهم فى مصر (٣) العثمانيون المولودون والمتوطنون فى مصر الذين قاموا بواجبات الخدمة العسكرية أو بدفع البدل (٤) الذين يولدون فى مصر من والدين مجهولين وذلك كله باستثناء الاجانب والذين تحميهم دولة أجنبية وكذلك يمكن اعتبار العثمانيين الذين أقاموا فى مصر أكثر من ١٥ سنة مصريين اذا قرروا ذلك رسمياً فى المحافظة أو المديرية

من حيث الاختصاص

وتختص المحاكم الاهلية فى قضايا « الاهالى » طبقاً للمادة ١٥ من لائحة ترتيبها ونطاق اختصاصها الجنائى أوسع بالنص الصريح من نطاقه المدنى (١ عقوبات أهلى) وتنص المادة ١٣ مدنى مختلط على اختصاص المحاكم المختلطة على كل شخص من رعايا الحكومة المحلية بسبب الالتزامات التى يتقيد بها قانوناً حتى ولو حصلت فى الخارج

ملاحظات هامة

والأمر الذى تجب ملاحظته هو أن لفظ المصريين أو الاهالى أو رعايا الحكومة المحلية له فى الاحوال المختلفة المذكورة معان قد تختلف كثيراً فى كل حالة عنها فى

الاخرى والسبب فى ذلك اختـلاف وجهة النظر ووجود قوانين خاصة بالخدمة العسكرية وأخرى بالانتخابات وثالثة للوظائف العموميـة وفوق ذلك تناقض بين أحكام المحاكم الاهلية والمختلطة على من يشملهم اختصاص المحاكم الاهليـة ومن لا يشملهم بسبب ذكر لائحة ترتيب المحاكم الاهلية لكلمة « الاهالى »[1] ومحل هذا الموضوع فى الـكتاب الرابع . ولا يهمنا من وجهة القانون الدولى الخاص معرفة التعـاريف الواردة فى قانون القرعة العسكرية ولا القوانين الادارية ونحوها فانها ملحقة بالقانون العام فى مصر من ادارى ونظامى . والنتيجة هو أن لفظ رعايا الحكومة المحلية أو الاهالى ليس له معنى واحد معين وواجب التطبيق بشكل عام بل يجب أن يفسر دائماً بحسب المقام إما بالقوانين الخاصة بالموضوع واما بحسب أحكام المحاكم المختلطة أو الاهلية طبقاً لوجهة نظر كل منها

النتيجة

الفصل الخامس

مركز المصريين فى الخارج

٢١٥ — ليس من سبيل لدراسة مركز المصريين فى الخارج فى هذا الـكتاب الا من حيث القانون المصرى لان مركز المصريين فى نظر القوانين الاجنبية انما يرجع فيه الى تلك القوانين (بند «١٧٤») وهو يتوقف فى نظرنا من حيث الجنسية فى المسائل الدولية على تنفيذ ما ذكرناه من الامور فى بند ٢١٣

أما من حيث القوانين المصرية فان فيهـا نصوصاً تتعلق بالمصريين غير الموجودين بمصر وهى : —

المادة ١٣ م م

أولا — المادة ١٣ من القانون المدنى المختلط وهى تنص على أنه يجوز مقاضاة أى شخص من رعايا الحـكومة المحلية بسبب الالتزامات التى يتقيد بها حتى ولو

[٢١٤] (١) المرافعات بند ٢٧٧

حصلت فى الخارج . فالمحاكم المختلطة تختص اذاً بقضايا الاهالى ولو كانوا فى الخارج بعكس الاجانب الذين فى الخارج فلا تختص بالحكم بالنسبة اليهم الا فى أحوال خاصة نصت عليها المادة ١٤ م م وسيرد شرح هذا كله فى بند ٣٣١ "

والمحاكم الاهلية نفس الاختصاص على الاهالى اذا كان الخصم أيضاً من الاهالى

مادتا ٣ و ٤ عقوبات أهلى

ثانياً — تنص المادة ٣ عقوبات أهلى على أن كل مصرى تابع للحكومة المحلية ارتكب وهو فى خارج القطر فعلا يعتبر جناية أو جنحة فى هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه اذا عاد الى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه وفى المادة الرابعة قيود خاصة بالنص المتقدم كما أن المادة الثانية تجعل القانون يسرى فى أحوال أخرى على من ارتكب خارج القطر جرائم خاصة أو فى أحوال معينة

آثار الاقامة فى الخارج

٢١٦ — ومجرد اقامة المصرى خارج القطر لا يحرمه من حقوقه بصفته مصرياً ومع ذلك فبعض الحقوق لا يمكن استعمالها بطبيعة الحال الا لمن كان موجوداً بالفعل داخل القطر مثلا حق الانتخاب لا يمكن استعماله الا لمن كان فى مصر وقت الانتخاب وقد نصت المادة الثانية من قانون الانتخاب الجديد على ذلك فقررت أن كل ناخب يتولى حقوقه الانتخابية بنفسه فى دائرة الانتخاب التى بها موطنه؛ واذا غير مصرى جنسيته وهو فى الخارج أو التحق بالخدمة العسكرية فى جيش أجنبى بدون تصريح من الحكومة المصرية فانه يعاقب بالعقوبة المقررة فى المادة السادسة من قانون الجنسية العثمانية (بند ١٠٤)

المرافعات بالنسبة لمن هو فى الخارج

٢١٧ — ونلاحظ أخيراً نصوص قانون المرافعات من أهلى ومختلط بخصوص اعلان الاوراق الى الاشخاص الذين ليس لهم محل معلوم فى القطر — وهؤلاء يجوز أن يكونوا مصريين — والاشخاص الذين لهم محل معلوم فى الخارج — وهؤلاء يجوز أيضاً أن يكونوا مصريين — (٨/١٠ و ٩/١٠ مرافعات)

وتلاحظ أيضاً المواعيد المقررة فيه لمن كان مقيما خارج القطر واختلاف هذه المواعيد باختلاف الجهات (٢١/١٩)[١]

حقوق المصرى فى الخارج وواجباته

و بعض الحقوق لا يمكن استعمالها الا فى الخارج وهذا حق الانتفاع من حماية مصر السياسية (بند ٢٠٤) بالالتجاء الى ممثليها فى الخارج أو من يقوموا مقامهم[٢] ليتخذوا الاجراءات اللازمة لتأمين المصرى على حياته وحريته وأمواله ولكن بما أن هذا الحق لا يكون الا للمصريين فيجب على من يريد التمتع به أن يثبت للسلطة السياسية أو القنصلية المصرية أو من يقوم مقامها أنه مصرى و يحصل ذلك الثبوت عادة اما بجوازات السفر أو شهادات تحقيق الشخصية الصادرة من السلطات المصرية أو بتسجيل الاسم فى القنصلية المصرية أو ما يقوم مقامها . واذا أراد المصرى الذى لم يكن حاملا جوازاً مصرياً بالسفر أن يعود الى مصر فيجب عليه الحصول على جواز سفر من السلطة السياسية أو القنصلية المصرية فى الخارج او ما يقوم مقامها واذا كان معه جواز أجنبى فيجب التأشير عليه من السلطة المذكورة حتى يتسنى له الدخول فى مصر[٣]

---

[٢١٧] (١) قارن ڤاليرى بخصوص الفرنسيين فى الخارج ص ٤٥٧ — ٤٦٤

(٢) وهم ممثلو بريطانيا العظمى الى ان يتم بالفعل تمثيل مصر فى الخارج ، أو ممثلو أى دولة أخرى فى الظروف المبينة فى بند ١٦٨

(٣) قرار جوازات السفر المصرى الصادر فى ٤ يوليه ١٩٢٣ (وقائع رسمية عدد ٧٧ فى ٢ اغسطس ١٩٢٣ ص ١٠) المادة الاولى

الكتاب الثانى

تنازع القوانين والاختصاص

الفصل الأول

تاريخ تنازع القوانين والاختصاص

التاريخ

٢١٨ — لا شك أن التاريخ خير مبيّن لما خفى أو غمض من المسائل المرتبطة بالتطور الحديث الحاصل فى مادة القانون الدولى الخاص . وليس من غرضنا هنا أن ندخل فى تفاصيل تاريخية كبيرة فان ذلك يستلزم مجلدات ضخمة[1] وكل ما نرمى اليه هنا هو بيان الافكار المختلفة التى سادت فى العصور المختلفة وكيف تطورت من عصر الى آخر وكيف انتقلت من بلد الى آخر وتشكلت فيه بما يناسب حالته وفى هذا البيان ايضاح للمبادئ المختلفة يأتى عرضاً وقد يتكرر فيكون من وراء هذا التكرار وذلك الايضاح مساعد ومعين على ادراك القواعد الحالية بأقل ما يمكن من العناء

فى القانون الرومانى

هـذا ولم يكن فى القانون الرومانى آثار ظاهرة لقواعد القانون الدولى الخاص

---

[٢١٨] (١) أفضل كتاب فى هـذا الموضوع هو كتاب لينيه وهو جزءان ولم يشمل غير التطور القديم والحديث لنظرية « الاحوال » الآتى الكلام عليها فى بند ٢٢٥ ،، وقد رجع اليه أغلب العلماء الحديثين

وذلك بالرغم من أن متشرعى القرون الوسطى حاولوا أن يركزوا استنتاجاتهم على نصوص من القانون الرومانى (بند ٢٢٥) ولكن هذا كان لاغراض خاصة ستتوضح فيما يلى وقد أجمع علماء العصر الحاضر على أن القانون الدولى الخاص لم يكن له أصل فى القانون الرومانى مطلقاً بل اجمعوا على أن أصل منشئه الحقيقى كان فى العصور الوسطى فيما بين الشعوب الجرمانية (بند ٢٢٢) وقد اعترف بوجوده كعلم من العلوم فى أواخر تلك العصور فى بلاد ايطاليا على أيدى متشرعين من جنسيات مختلفة أهمهم من الايطاليين والفرنسيين

القانون الرومانى وقانون الشعوب

٢١٩ — القانون الرومانى : لم يكن قانون الجمهورية الرومانية ليهتم مطلقاً بوجود الاجانب ولا يعترف لهم بقوانين . واعتبر الرومانيون قوانينهم الرومانية كامتياز مقدس يحتفظون به لأنفسهم وأولادهم ولا يقللون من أهميته بأن يشركوا الاجانب فيه ولكن لما بدأت الفتوحات الاجنبية وازدادت التجارة الدولية أصبح من المستحيل على الرومان أن يتركوا رعاياهم المغلوبين على أمرهم ، والتجار الاجانب ، يعيشون بلا قانون يحميهم . ولم تكن روما لترضى بأن تسمح للاجانب أن يعيشوا فى ظل قوانينهم الاصلية كما فعلت الامبراطوريات الاستعمارية الحديثة لذلك ابتدع علماء الرومان سلسلة من القواعد القانونية تسرى على العلائق التى يكون فيها أجانب وجعلتها واحدة فى كل الاحوال بصرف النظر عن جنسية المتقاضين وهى ليست القانون الرومانى نفسه ولا هى بقانون أحد من الشعوب الأجنبية ، بل هى القانون الذى قرره الرومان ليسرى على العلاقات التى يكون فيها أجانب ، هى جزء من القانون الرومانى المستحدث يحكم به القضاة الرومانيون ويسمى قانون الشعوب Jus gentium فأصبح القانون الرومانى قسمين قسما للرومان وقسما للشعوب المختلفة . وفى سنة ٢١٢ ميلادية تغيرت الحال بقانون جديد يسمى بلاغ كاراكالا Édit de Caracalla مكن الاجانب من الحصول على حقوق

الرومانيين باجراءات سهلة فاصبح القانون الروماني الاصلى قانوناً إقليمياً [1] من بعض الوجوه سارياً فى كل أجزاء الامبراطورية الرومانية ومع ذلك فقد استمرت العادات والافكار التى كانت عليها الولايات الرومانية ردحاً من الزمن معمولا بها بالفعل فى تلك الولايات رغم جواز تطبيق القانون الرومانى الاصلى . ولذا كان من الممكن حصول تنازع بين تلك العادات والقانون الرومانى ولكن ذلك التنازع لم يكن له شأن مطلقاً بالقانون الدولى الخاص وأخيراً تلاشت الفروق ودخل فى القانون الرومانى كثير من عادات وقوانين الشعوب المحكومة [2]

القوانين الجرمانية

٢٢٠ — قوانين القبائل الجرمانية أو البربرية — والمراد بها قوانين الشعوب الجرمانية المختلفة التى غزت الامبراطورية الرومانية واستقرت فى اوروبا بين القرن الخامس والقرن التاسع بعد المسيح — اشتملت هذه القوانين على مبدأ شخصية القوانين (بند ٧٠) فلما حصل الغزو واستقروا فى بلاد الامبراطورية طلب كل من الغزاة أن يعامل بمقتضى قانونه الشخصى فى المسائل المدنية والجنائية على السواء وكانت هذه القوانين متعددة بتعدد الشعوب الفاتحة ومنهم اللومبارديون والڤيزيجوتيون والبرجانديون والباڤاريون والفرنكة وغيرهم ولم يكونوا ليقبلوا أن يعاملوا بمقتضى القانون الرومانى الذى كان القانون الاقليمى لجميع الامبراطورية ولم يكن فى استطاعة المتشرعين الرومانيين أن ينكروا عليهم حق استبقائهم قوانينهم المختلفة وهم الغزاة الفاتحون فاضطر رجال القانون الى التفكير فى المبادئ الجديدة التى تتبع فى هـذا الموضوع والتى بمقتضاها يجب احترام قوانين تلك الشعوب وتطبيقها بجانب القانون الرومانى الاقليمى . ولذلك وضعت قواعد لتسوية هذه الحال وتبيين حدود تطبيق تلك القوانين وكانت هذه القواعد أساساً لبعض القواعد التى سادت فى العصور الوسطى لحل مسائل تنازع القوانين « وقد كان

---

[٢١٩] (١) راجع فى معنى الاقليمية بند ٣ حاشية ١

(٢) قارن ڤايس ٣ ص ١٣١ — ١٤٠ و بيل ص ١٨ — ٢٤

يحدث كثيراً أن يكون خمسة أشخاص سائرين أو جالسين سوياً ويكون كل منهم خاضعاً لقانون خاص به »[1] وقد كانت هذه الحالة سبباً فى وضع بعض بيانات فى العقود التى يتعامل بها الاشخاص الخاضعون لقوانين مختلفة فيذكر فيها بالنسبة لكل شخص القانون الذى هو خاضع اليه وهذا ما كان يسمى الاعتراف بالقانون Professio juris أو Professio leges [2] وقد استمرت هذه الحالة الى وقتنا هذا فى البلاد التى لا تزال يعمل فيها بقوانين مختلفة ومنها مصر الآن فيذكر الشخص فى عقوده واعلاناته الرسمية بعد ذكر اسمه لفظ « التابع لدولة ايطاليا أو المشمول بحماية فرنسا أو من رعايا الحكومة المحلية أو الخاضع للقوانين المختلطة Administré mixte مثلا »

حكم الاقطاعات

٢٢١ — ولما ساد حكم الإقطاعات[1] انقلبت معه الأسس القانونية انقلاباً تاماً فاصبحت جميع الاشخاص وجميع الاشياء أى جميع المخلوقات والموجودات الكائنة داخل حدود أية اقطاعة من الاقطاعات محكومة بقانون تلك الاقطاعة وحده دون غيره ، بعد ان كان كل شخص يعامل بقانونه الخاص بعشيرته الاصلية ؛ وقد زاد فى سرعة هذا الانقلاب فى فرنسا تجميع codification القوانين السائدة فى كل مديرية والمعروفة بالعادات coutumes وتدوينها . وانحصرت نظرية حكم الاقطاعات ، من الوجهة القانونية فى قاعدة بسيطة مؤداها أن « جميع القوانين تعتبر عينية » أى اقليمية Toutes coutumes sont réelles أو

---

[٢٢٠] (١) مستخرج من كتاب القس « أجوبار » الى لودفيج التقى — ميلى ص ٥٨ و٥٩

(٢) قارن ڤايس ٣ ص ١٤٤ — ١٤٦ وميلى ص ٥٩ .،

[٢٢١] (١) جمع اقطاعة وهى طائفة من أرض الخراج يقطعها الجند فتجعل لهم غلتها رزقاً وأقطع الامير الجند البلد : جعل لهم غلته رزقاً (أقرب الموارد ، لفظ قطع) والمقصود به La féodalité وحكم الاقطاعات Le féodalisme مبنى على الاستيلاء على الارض بعد حلف يمين الطاعة والاخلاص للامير والتعهد بخدمته عسكرياً .

و بذلك التحق الاشخاص بالارض Omnes consuetudines sunt reales : أو الاقليم فحكمهم قانونه دون أى قانون آخر وتلك نظرية اقليمية القوانين theorie de la territorialité des lois فى أقصى درجات تطرفها [٢]

المدن الايطالية وقوانينها الخاصة

٢٢٢ — و بينما كانت فرنسا والمانيا تتوغلان فى نظام الاقطاعات فى القرن العاشر وما بعده باعتباره الوسيلة الطبيعية لحمايتهما من الغزو والنهب المستمرين كانت ايطاليا منبتاً لحركة تشييد حكومات أو جمهوريات صغيرة أو « بلديات » فى مدنها المختلفة [١] وصلت بها سنة الترقى فى القرن الثانى عشر الى وضع قانون « بلدى أو مدنى » خاص لكل منها وسميت هذه القوانين الخاصة statuta تمييزاً لها عن القانون العام السارى على اقليم جميع الامبراطورية الذى يطلق عليه لفظ Lex وكانت هذه المدن الصغيرة الناشطة تقوم بحركة تجارية كبيرة فيما بينها فنشأ عن هذا التعامل تنازع بين قوانينها المختلفة conflits des statuts أو statutory conflicts هو أول ما عرف من نوعه وهو الذى كان أول تنازع حقيقى حصل بين القوانين فى العالم واليه يرجع نشوء قواعد القانون الدولى الخاص ولكنه كان على حال تنازعاً بين قوانين مختلفة سارية فى بلد واحد أو اقليم واحد خاضع لحاكم سياسى واحد (بند ١٦) [٢]

منشأ القانون الدولى الخاص

ولما كانت دراسة القانون الرومانى قد انتعشت فى ذلك الزمان انتعاشاً كبيراً بالنهضة العلمية فى ايطاليا وعلى الخصوص فى بولونيا Bologne فقد اعتبر ذلك القانون بمثابة القانون العام لايطاليا وكان من الطبيعى وقتئذ أن يلتجئ اليه علماء ذلك العصر [٣] ليستخرجوا منه القواعد التى يحل بها ذلك التنازع

---

(٢) ميلى ص ٦١

[٢٢٢] (١) مثل ميلانو وجنوه وبيزا وفلورنسا وبولونيا وبارما وبادوا وغيرها — لينيه ١ ص١٠٠ وكانت تعلن الحرب وتتحالف ولها حركة تجارية كبيرة جدا

(٢) فارن فايس ٣ ص ١٢

(٣) يسمى اسم علماء ذلك العصر « الشارحون اللاحقون » Post-glossateurs

وقد نشأت ثلاث مسائل فى هذا الموضوع : —

الأولى : هل كانت قوانين المدن المذكورة les statuts مشروعة بجانب القانون الرومانى ؟

الثانية : واذا كانت مشروعة فما هى حدود تطبيقها بالنسبة للقانون الرومانى الذى هو القانون العام ؟

الثالثة : كيف الوصول الى حل ذلك التنازع ؟

وقد نشأت أمثال هذه المسائل أيضاً فى فرنسا فيما بعد ، عند ما ابتدأ التنازع بين قوانين العادات المختلفة فيها les coutumes (٤)

ملاحظة هامة

٢٢٣ — ويلاحظ الاستاذ ڤايس فى هذا المقام ملاحظة مهمة وهى أن تنازع القوانين يتلاشى فى كل الأحوال التى يعتبر فيها القانون شخصياً محضاً — وقد كان كذلك عند الرومان وعند الجرمانيين غزاة فرنسا ، — كما يتلاشى فى كل الاحوال التى يكون فيها اقليمياً محضاً ، — وقد صيره نظام الاقطاعات كذلك واستمر ردحاً طويلا من الزمن على هذه الحالة ؛ ومع هذا التلاشى لا يكون ثمت محل للبحث عن القواعد التى يحل بها التنازع اذ يكاد يكون هذا التنازع فى حكم المستحيل . وكل ما يصح التساؤل عنه فى هذه الاحوال هو معرفة القواعد التى تتبع عند وجود قانونين شخصيين أو أكثر أيها يحكم به فى قضية تهم عدداً معيناً من الاشخاص من أصول أو قبائل مختلفة

لذلك كان نشوء القانون الدولى الخاص موقوتاً بنشوء نظرية القوانين «البلدية» La doctrine statutaire أونظرية «الاحوال» La théorie des statuts الآتى الكلام عليها فى بند ٢٢٥ والتى أماطت الحجاب عن سيادة القانون المزدوجة double souveraineté de la loi وكان من النزق محاولة البحث

---

(٤) ميلى ص ٦٢

عن أصله فى القوانين والنظامات السابقة والتى اندثرت من قبل ذلك بزمن طويل (١)

تأييد القواعد بنصوص القانون الرومانى

٢٢٤ — ولقد حاول علماء القرون الوسطى وهم شراح القانون الرومانى اللاحقون les post - glossateurs أن يجدوا لقواعد تنازع القوانين أساساً فى القانون الرومانى فزعموا أنهم وجدوا ذلك الاساس فى القانون الاول من الفصل الاول من مجموعة قوانين Code يوستنيانوس الذى عنوانه « الثالوث الاعظم De Summa Trinitate » حيث وردت فيه جملة مشهورة استندوا اليها ليكسبوا نظرياتهم الجديدة قوة مشروعة تستند الى القانون الرومانى . وهذه الجملة تبتدئ بالالفاظ الآتية « جميع الشعوب التى .. » cunctos populos quos. .. ومعناها « اننا نرى أن يتبع جميع الشعوب التى يظلها وارف حكمنا الرحيم ديانة بطرس الرسول المقدس التى أنزلها الى الرومان » — جعل الشراح هذه الجملة سلماً ارتقوا به لنظريتهم فى حل تنازع القوانين مدعين بأن الكلمتين الاوليين « جميع الشعوب التى » تدل على وجود شعوب أخرى غير من يحكمهم قانون الامبراطورية الرومانية وأن هذه القوانين لا تسرى الا على الاجزاء التى اعتنقت الدين المسيحى وعلى ذلك يصح أن يكون هناك تنازع فى القوانين — غير أن علماء العصر الحالى ينكرون هذا التفسير ولا يقرون بوجود أدنى صلة بين قانون يوجب التعصب الدينى وينفى حرية الاديان و بين مسائل تنازع القوانين (بند ٢١٨ و ٢١٩)

سبب ذلك

٢٢٥ — ولكن الشراح اللاحقين اعتمدوا على السلطة التى استمدوها

---

[٢٢٣] (١) فايس ٣ ص ١٣٠ وقارن لينيه ١ ص ٧٣ ،، — راجع ما ذكرناه فى القانون الرومانى فى آخر بند ١١٩ وهو ما استبعده أغلب العلماء أن يكون أساساً للقانون الدولى الخاص وعلى كل حال فان الصلة مقطوعة بين العصر الذى وجدت فيه فكرة بسيطة ثم تلاشت باندماج قواعد العادات الاجنبية فى القانون الرومانى ، وبين العصر الذى نتكلم عنه الآن والذى فيه توجهت الافكار بشكل جدى ثابت لحل المشاكل الجديدة التى نشأت عن تطبيق قوانين المدن الجديدة بجانب القانون الرومانى العام

من نصوص القانون الرومانى حتى يكون عملهم مشروعاً أمام النـاس وطفقوا يطبقون قواعد العدل التى تقضى باحترام مقتضيات حرية التجارة ونحوها والتجأوا الى روح القانون الرومانى ليقودهم فيما ذهبوا اليه من الابحاث

بارولوس وزملاؤه

وكان أول عالم خاض غمار هذا الموضوع وتفوق على غيره ممن ابتدأوا فيـه ، الاستاذ بارتولوس Bartolus (سنة ١٣١٤ — ١٣٥٧) وكان مدرساً بجامعات بولونيا و پيزا و پيروجيا وقد تبعه « بالدوس » Baldus وساليست Salicet

نظرية الاحوال

وتتلخص نظريتهم — التى يطلق عليها نظرية « الاحوال »[1] Théorie des statuts أو Statutory theory ، والمراد بها فى الاصل القوانين البلدية أو المدنية ، بند ٢٢٢ — فى أن القاعدة العامة هى أن جميع القوانين Statuts تعتبر مبدئياً أنها عينية Réels أو اقليمية Territoriaux — وذلك لان النظام الاقطاعى قد جعلها كذلك ، بند ٢٢١ — وان هناك استثناءات يكون فيها القانون شخصياً Personnel

الاحوال العينية

فالاحوال العينية تطبق على جميع الاشخاص وجميع الاشـياء الكائنة فى الاقليم

الاحوال الشخصية

والاحوال الشخصية تطبق فقط على الاشخاص المتوطنين Domiciliées فى الاقليم ولكنها تطبق عليهم أيضاً بواسطة محاكم أى مدينة أخرى اذا رفعت فيها القضية ، بمعنى أنها تتبع الشخص حيثما توجه

وهنا يقسم بارتولوس « الاحوال الشخصية » الى « أحوال نافعة » أو مفيدة للشخص Statutum favorabile قررت لمصلحته والمحافظة عليه مثل الحجر للسفه

---

[٢٢٥] (١) نسميها « نظرية الاحوال » اقتباساً من لفظى الاحوال الشخصيـة Statut personnel والاحوال العينية Statut réel اللذين صقلهما اللسان العربى الآن وان كان المقصود بلفظ statut هو القانون حتى ان هذا اللفظ لغاية الآن يستعمل فى القانون الانجليزى Statute كمرادف للفظ قانون . والمراد بالاحوال الشخصية والعينية هو قوانين تلك الاحوال

ولها أثر خارج الاقليم الذى يتوطنه ؛ و « احوال ممقوتة » Statutum odiosum وهى التى تضر الشخص فتكون فى غير مصلحته وهذه يجب أن يقتصر مفعولها على إقليمها فلا يعمل بها خارجه ولا تتبع الشخص فى أية جهة أخرى ومثلها حرمان البنات من الميراث

تقدير النظرية

وقد بنى كثير من الحلول التى وضعها الشراح المذكورون على أسباب وحجج قد تظهر لنا الآن كأنها صبيانية أو مضحكة [1] ؛ وقد وجد كثير من التناقض والخلط فيما ذكروا من الابحاث والافكار . ومع ذلك فان مؤلفاتهم لا تزال الينابيع الفياضة التى تتفجر من خلالها الآيات البينات فى القانون الدولى الخاص ولا يزال بعض نظرياتهم وآرائهم معتبراً من القواعد القانونية المحترمة فى وقتنا هذا — مثال ذلك القاعدة التى بمقتضاها يعتبر العمل القانونى صحيحاً ، عقداً كان أو وصية ، اذا كان صحيحاً فى الشكل طبقاً للشروط التى تتطلبها العادات السائدة فى الاقليم الذى عمل فيه وهى قاعدة Locus regit actum ؛ والقاعدة التى بمقتضاها يسرى على العقد من حيث آثاره قانون الجهة التى عمل فيها Lex loci contractus ؛ والقاعدة التى تجعل آثار العقد العرضية خاضعة لقانون محل الوفاء Lex loci solutionis وأخيراً القاعدة التى تجعل مسائل المرافعات خاضعة دائماً لقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى Lex fori ولم يقم علماء العصر الحاضر بأكثر من التوسع والبحث والنظر فى المبادئ التى وضعها الشراح اللاحقون المذكورون [2]

---

[٢٢٥] (١) مثلا قال بارتولوس ان الاحوال تكون شخصية اذا كان القانون يتكلم عن الاشخاص وتكون عينية اذا تكلم عن الاموال فمثلا النص الآتى Primogenitus succedat in omnibus bonis وهو أن الولد الاكبر يرث كل التركة ، هو من الاحوال الشخصية بعكس النص الآتى وهو Bona decedentium veniant in primogenitum أموال الميت تؤول الى الولد الاكبر ، فانه يكون من الاحوال العينية فهذا مضحك لان النصين بمعنى واحد فلا يغير الحكم الابتداء بالشخص أو بالمال بل العبرة بالمعنى (قارن ڤايس ٣ ص ١٨)

(٢) قارن ميلى ص ٦٣ — ٧٠ وڤايس ٣ ص ١٦ — ٢٠

النظرية فى فرنسا فى القرن ١٦

٢٢٦ — نظرية « الاحوال » فى القرن السادس عشر فى فرنسا : انتقلت نظرية « الاحوال » من ايطاليا الى فرنسا وفى القرن السادس عشر ظهر عدد من العلماء الفرنسيين الذين اهتموا بدراستها بنوع خاص فانتقلت بذلك الحركة العلمية الى فرنسا وظهرت المجهودات العلميـة لمن تفوق منهم وهم ثلاثة أرجانتريوس ومولينيوس وجى كوكى . وقد ظلت مؤلفاتهم للآن أساساً لابحاث أصحاب نظرية « الاحوال » الحديثة فى فرنسا مثل الـكونت ڤارىّ سومبير (بند ٢٥٩ ") وقد كان لآرائهم فى هولندا فى القرن السابع عشر شأو عظيم جداً كما سيتبين فى بند ٢٣٠ " ومن هولندا تسربت تلك الآراء الى انجلترا وفى القرن الثامن عشر انتعشت النظرية من جديد فى فرنسا على أثر اهتمام علماء ذلك العصر بها اهتماماً كبيراً ثم دخلت فى نصوص القانون المدنى الفرنسى (بند ٢٣٦) وقد أخذ المشرع المصرى فكرة « الاحوال الشخصية » عن هذا القانون ، فى كل موضوع ذكرت فيه فى القانون المدنى أو التجارى أو لوائح ترتيب المحاكم

أرچانتريوس

٢٢٧ — أرچانتريوس Argentraeus أو فى الفرنسية الحديثة دارچنتريه d'Argentré كان عالماً وقاضياً من أشراف البريتون (Bretons) وهم سكان مقاطعة بريتانيا الـكائنة فى شمال فرنسا وهو بطل الدفاع عن الحـكم الاقطاعى féodalisme (بند ٢٢١) وعن مقاطعة بريتانيا بوجه خاص بدون التفات الى مصلحة فرنسا بوجه عام ، عاش من سـنة ١٥١٩ الى ١٥٩٠ ولم يعرف لنظرياته [1] فضـل فى بلده لأن السياسة الفرنسية قضت بالسير على عكس رأيه لعدم تمشيه مع فكرة الاتحاد الاقتصادى والوطنى لأنه كان كمن يطالب باستقلال كل جزء من أجزاء فرنسا عن غيره ولـكن تلك النظريات حازت اقبالا عظيماً فى هولندا كما سيتوضح فى بند ٢٣٠

---

[٢٢٧] (١) لم يكن ارچانتريوس مؤلفا ولـكنه شرح المادة ٢١٨ من عادات بريتانيا فـكان فى شرحه بيان لقواعد القانون الدولى الخاص جاءت عرضا لا بصفة كتاب منتظم فى الموضوع

قسم دارچنتريه « الاحوال » أو القوانين الخاصة أو عادات كل إقليم من الاقاليم الفرنسية المتعددة Les status الى شخصية Personnels والى عينية Réels والى مختلطة Mixtes وهى التى تختص بأهلية الشخص أو عدم أهليته فى التصرف فى الاموال الكائنة داخل الاقليم وهى تعتبر كالعينية تماماً مثال ذلك تصرف الصبي القاصر فى عقارات كائنة فى إقليم غير الذى هو تابع اليه من حيث قانونه الشخصى . ففى هـذه الحالة يجب أن يكون الحكم للقانون الاقليمى أى الكائن فى دائرته العقار ولا يحكم بالقانون الشخصى . فالاصل عنده اذاً أن كل القوانين عينية أو إقليمية ولا يستثنى من ذلك الا الاحوال الشخصية المحضة أما اذا تعلقت بعقار فانها تخضع لقانون العقار (٢)

مولينيوس ٢٢٨ — مولينيوس Molinaeus أو بالفرنسية الحديثة Dumoulin عاش من سنة ١٥٠٠ الى ١٥٦٦ وكان محامياً ومدرساً فى ستراسبورج وغيرها وكان مدافعاً عن مبدإ وحدة فرنسا قانوناً تحت حكم الملك وضد الاشراف حكام الاقطاعات وقد عارض أرچانتريوس معارضة شديدة وأيد النظرية الايطالية القديمة ، نظرية بارتولوس ، فغلّب بذلك فكرة شخصية القوانين وقلّل من عينيتها أو اقليميتها ولكنه لم يكن له رأى قاطع فى المسائل التى تمس فيهـا الاحوال الشخصية الاحوال العينية فانه قرر أنه اذا كانت المسألة خاصة بالشخص بصفة أصلية ولا تمس المال الا بصفة ثانوية فانها تتبع الاحوال الشخصية ومع ذلك فقد تناقض كثيراً فى التطبيقات

غير أنه قد جاء بأفكار جديدة كان لها فضل كبير فى عالم القانون الى يومنا هذا ونقصد بذلك ما يتعلق بالعقود فان صحتها وأثرها كانا الى ذلك الوقت طبقاً لرأى بارتولوس ، خاضعين لقانون المحل الذى حصل فيه العقد ولكن دومولان قرر

---

(٢) فارن ڤايس ٣ ص ٢٥ — ٣٠ وبيلى ص ٧١ — ٧٤

أن هذه القاعدة واسعة أكثر مما يلزم وأنه يجب الالتفات دائماً الى نية المتعاقدين وتغليبها على كل اعتبار آخر وهذا أساس نظرية « حكم الارادة » Autonomie de la volonté التي سنشرحها فى بند ٢٥١ وقد قدر ڤايس أعمال دومولان تقديراً جليلا فقال إنه بما أفسح من المجال فى كتاباته ومؤلفاته لتطبيق قوانين الاحوال الشخصية وما أوتيه من سعة فى الفكر و بعد فى النظر وحرية فى الرأى يصح اعتباره ، مثل بارتولوس وأكثر من بارتولوس ، كواضع لأساس النظرية الحديثة فى شخصية القوانين (١)

جى كوكى

٢٢٩ — جى كوكى Guy Coquille وعاش من ١٥٢٣ الى ١٦٠٣ وكان أكثر جرأة من معاصريه السابقين . اذ أنه لم يقبل القاعدة الاقطاعية « جميع القوانين تعتبر عينية » — بند ٢٢١ ، بل جعل مبدأه الالتفات دائماً الى « نية المشرع » لمعرفة ما اذا كان قد قصد أن يكون القانون شخصياً أو اقليمياً . ولكن فى نظريته غموضاً كبيراً وقد وقع فى التناقض كثيراً أثناء التطبيق (١)

النظرية فى هولاندا فى القرن السابع عشر

٢٣٠ — المذاهب الهولاندية فى القرن السابع عشر : بينما أهملت أفكار دارجنتريه فى فرنسا اذا هى قد لاقت فى الخارج بعد نحو قرن رواجاً كبيراً فان علماء هولاندا قد أخذوا عنها وتمسكوا بها تمسكاً شديداً وغالوا فى التخريج منها والبناء عليها حتى سادت فى القرن السابع عشر فى هولندا وما جاورها من البلاد فكرة اقليمية القوانين بشكل يكاد يكون تاماً وانتقلت تلك الفكرة الى انجلترا فلاقت تأييداً ومن هذه انتقلت الى أمريكا فكان مذهب دارجنتريه أساس الافكار السائدة فى تلك البلاد الى الآن

لم تسد أفكار دارجنتريه فى فرنسا لأن أغلب المسائل التى كانت تسبب تنازعاً فى القوانين كانت تحصل بين ولايات المملكة الفرنسية فكانت فكرة

---

[٢٢٨] (١) قارن ڤايس ٣ ص ٢١ — ٢٥ وميلى ص ٧٤ — ٧٥
[٢٢٩] (١) قارن ڤايس ٣ ص ٣٠ وميلى ص ٧٥

الاقليمية واستقلال الولايات بقوانينها ، خطرة على المملكة فلم تنل فيها تأييداً كبيراً . أما فى الخارج فكان ثمت أمم فتية ناهضة نالت استقلالها عن الامبرطورية الرومانية المقدسة وجمعتها جامعة سياسية لم تؤثر على كيان كل واحدة منها — وهذه هى حكومة اتحاد البلاد المنخفضة أو هولاندا — وأخرى كانت فى حكم المستقلة لانها تمتعت باستقلالها الفعلى وحرصت عليه أكبر حرص وهذه هى الولايات البلجيكية فأصبحت مسائل تنازع القوانين بين هذه البلاد المختلفة كأنها تنازع قوانين بلاد مستقل بعضها عن البعض الآخر استقلالا سياسياً تاماً . على أن حكم الاقطاعات فى جميع هذه البلاد قد جعل الاقليمية فيها أساساً للقوانين فلما ازدادت العلاقات الدولية نمواً واتسعت المتاجر الدولية أقبل علماء البلاد المنخفضة ، على مبادئ تنازع القوانين التى ابتكرها دارجنتريه لما وجدوا فيها من الموافقة لاهوائهم ولمصالحهم وتغالوا فيها وأغرقوا الى حد بعيد

وأشهر أسماء علماء ذلك العصر بورجندوس Burgundus (Bourgoigne)[1] علماء هولاندا ورودنبرج Rodenburg[2] و پول ڤوييت Paul Voet[3] وچان ڤوييت Jean Voet[4] وأولريكوس هوبر Ulricus Huber[5] و بينهم اختلاف كبير فى النظر ولكن أساس نظرياتهم واحد وقد فاقوا دارجنتريه فى اقليميته أو اقطاعيته (بند ٢٢٧) فقد ذهب منهم بورجندوس مثلا الى أن شكل العقود أو التصرفات

---

[٢٣٠] (١) عاش من ١٥٨٦ الى ١٦٤٩ وكان محامياً فى مدينة جان واستاذا فى انجولستات — راجع لينيه ١ ص ٤٠١

(٢) عاش من ١٦١٨ الى ١٦٦٨ وكان عضوا فى مجلس قضاء أوترخت وقد كان لمؤلفه استقلال نوعى عن كل من تقدموه وعاصروه ، راجع لينيه ١ ص ٤٠٤ وڤايس ٣ ص ٣٤

(٣) عاش من ١٦١٩ الى ١٦٧٧ وكان استاذا فى أوترخت — راجع لينيه ص ٩٦ ،، وڤايس ٣ ص ٣٥

(٤) عاش من ١٦٤٧ الى ١٧١٤ وهو ابن المذكور قبله وكان كأبيه استاذا فى أوترخت — راجع لينيه ٢ ص ٩٩ وڤايس ٣ ص ٣٨

(٥) عاش من ١٦٣٦ الى ١٦٩٤ وكان استاذا فى مدينة فرانكر — راجع لينيه ٢ ص ١٠٧ وڤايس ٣ ص ٤٠

المال مفضل على الانسان ! يجب أن يكون طبقاً لقانون الجهة التي يوجد فيها الشيء الذى هو موضوع التصرف وذلك لأن المـال (من منقول وعقار) فى نظره هو دم الانسان وروحه وهو لا يتبع الانسان بل يجر الانسان اليـه وما شكل الوصية مثلا الا وصف خاص يطبع به المال الموصى به

٢٣١ — ويمكن تلخيص آراء أصحاب المذاهب الهولاندية فيما يأتى : —

أولا : ان مسائل تنازع القوانين هى من مسائل القانون الدولى العام (بند ١٩ وقارن بند ٤) لان كل بلد قائم بذاته يعتبر مستقلا فى القانون وليس عليه أى واجب مطلقاً يقتضى تطبيق أى قانون أجنبى فيه (راجع بند ١٧)

ثانياً : اذا ما روعى أى قانون أجنبى فى بلد معين فذلك انمـا يكون باختيار ذلك البلد ورضائه به طبقاً لفكرة المجاملة بين الدول (بند ١٨) ويلاحظ هنا أن دارجنتريه قد جعل فى نظريته مجالا ضيقاً لتطبيق القوانين الاجنبية فى الاحوال الشخصية المحضـة (بند ٢٢٧) بطريق الاستثناء المشروع ، ولـكن المذاهب الهولاندية جعلت مبدأ الاقليمية عاماً لا استثناءله ولم تجز مراعاةالاحوال الشخصية المحضة الأ من طريق المجاملة اذا أرادت الدولة طبعاً و بدون وجوب فى ذلك

ثالثاً : الاحوال الشخصية لـكل انسان تتحدد بقانون الجهة التى يستقر فيها واذا كانت حالتا الصغر و بلوغ الرشد قد اعتبرتا بالفعل فى هولاندا محكومتين بقانون البلد الاصلى التابع اليه الاجنبى فلم يكن ذلك الابناءً على فكرة المصلحة الخاصة التى أساسها المجاملة بين الدول دون فكرة العدالة والقانون[1]

تنائج هوبر الثلاث **٢٣٢** — وقد وضع هوبر على الخصوص ثلاث بديهيات Tria Axiomata نقل بها مسائل تنازع القوانين الى ميدان السياسة وجعل أساسها القانون الدولى العام وقد أصبحت قواعد مشهورة يذكرها أغلب الـكتاب ويهتدى بها فى كثير من المواضيع وهى : —

---

[٢٣١] (١). قارن ميلى ص ٧٦ وفايس ٣ ص ٣٣ — ٤٠

أولاً : ان قوانين كل حكومة لها سلطان تام داخل اقليم الحكومة وتسرى على كل رعاياها ولكن لا سلطان لها خارج ذلك الاقليم (قارن بندى ٦٨ و ٧٠)

ثانياً : جميع الاشخاص الذين يوجدون داخل اقليم أى حكومة ، سواء كانوا مقيمين فيه أو عابرى سبيل فقط يعتبرون من رعاياها (الحذر !)

ثالثاً : ان حاكم كل دولة يسمح من باب المجاملة بأن قوانين البلاد الاجنبية التى قد صار تطبيقها فى أقليم تلك البلاد تستمر حافظة لأثرها فى كل جهة بشرط أن لا يضر ذلك بسلطة الحكومات الاخرى ولا بحقوق رعاياها[1]

ومع البديهيات الثلاث المذكورة فانه يرجع الى قانون الجهة التى حصل فيها العقد ليحكمه فى صحته ويرجع الى قانون الجهة التى توطن فيها الشخص ليحكمه فى حالته الشخصية ومن المشكوك فيه كثيراً امكان استنتاج هذين الحكمين من البديهيات المذكورة . كذلك يجعل الصلات القانونية الواقعة على العقارات مثل الوصية والمواريث والعقود محكومة بقانون الجهة الكائن فيها العقار[2]

٢٣٣ — وهكذا انقلبت نظرية « الاحوال » الى نظرية « الاقليمية المطلقة » Territorialité absolue — فضاع ما بناه أصحاب النظرية الايطالية القديمة بانتشار المذاهب الهولاندية لان هذه قد نقلت القانون الدولى الخاص من ميدان العدالة والقانون الى ميدان المجاملة ذلك الميدان الغامض الغير المحدود وبذلك كانت ضربة قاضية على تقدم العلم المذكور فتأخر الى الوراء بدلا من أن يتقدم ولا تزال الافكار المذكورة سائدة فى بعض البلاد ويشعر الناس بخطئها[1] وصف النظرية

٢٣٤ — وقد كان المذاهب الهولاندية تأثير شديد فى انجلترا ومنها انتقل التأثير الى الولايات المتحدة الامريكية بواسطة الكتب الانجليزية ؛ وكيفية آثار المذاهب الهولاندية

---

[٢٣٢] (١) وستليك ص ٢١ وميلى ص ٨٠

(٢) ميلى ص ٨٠

[٢٣٣] (١) قارن ميلى ص ٧٩

انتقالها كان بتلقى الانجليز العلم فى الجامعات الهولاندية ؛ ولم يكن فى انجلترا قبل ذلك العهد أثر للآراء العلمية فى هذا الموضوع كما قرر ذلك العلامة ستورى الامريكى (بند ٢٣٧) الذى تأثر كثيراً بمؤلفات هوبر وقرر أن الامة البريطانية أخذت علم القانون الدولى الخاص عن هولاندا كما وجدته فيها [٢]

٢٣٥ — ويرى وستليك أن انجلترا قد أخذت من مبادئ القانون الدولى الخاص التى كانت سائدة فى العالم فى القرن الثامن عشر[١] ما كان موافقاً لمزاجها الوطنى أو ما كان متمشياً مع مبادئ القانون الانجليزى فى ذلك الوقت فمثلا مبدأ قانون موقع العقار كان مناسباً لما يعقده الانجليز من الاهمية على الثروة العقارية وقد توسعوا فيه لآخر حد ممكن و بذلك تغلب مبدأ قانون الجهة التى حصل فيها العمل أو العقد . ومن جهة أخرى فقد كانت المحاكم الانجليزية متأخرة جداً فى قبول مبدأ خضوع الاحوال الشخصية لقانون الموطن لان فكرة المحكمة الشخصية التى هى أساس تطبيق القانون الشخصى لم تكن معتبرة فى انجلترا انها خاضعة لعلاقة دائمة بين القاضى و بين المتقاضين بل كانت معتبرة خاضعة لفكرة مجرد وجود الشخص داخل الاقليم . وكانت فكرة خضوع شكل العقد أو الاقرار، لقانون بلد تحريره مخالفة لاعتبارات خاصة كانت سائدة فيما يتعلق بالعقارات ولاعتبارات أخرى محلية . ولم يعترف فيها بجعل قانون محل التحرير نافذ المفعول بالنسبة للوصية الا فى سنة ١٨٦١ [٢]

٢٣٦ — « مذهب الاحوال » فى فرنسا فى القرن الثامن عشر وكان له أنصار ثلاثة هم بولنوا Boullenois [١] وبوييه Bouhier [٢] وفرولان

---

(٢) ميلى ص ٨٣ — ٨٥

[٢٣٥] (١) وقد عددها وستليك فى ص ٨ — ٩

(٢) وستليك ص ٩ — ١٠

[٢٣٦] (١) وعاش من سنة ١٦٨٠ الى سنة ١٧٦٢ وكان محامياً أمام برلمان باريس وله ثلاث مؤلفات — راجع لينيه ١ ص ٨ ٤١

(٢) وعاش من سنة ١٦٧٣ الى ١٧٤٦ وكان رئيساً لبرلمان ديجون وعضوا فى

Froland [٢] ويرتكز مذهبهم على النقط الثلاثة الآتية وهى

(١) تنقسم القوانين الى أحوال عينية Statuts réels والى أحوال شخصية Statuts personnels

(٢) القاعدة الرئيسية هى أن القوانين عينية ومع ذلك فبعض القوانين يعتبر شخصياً وذلك ليس لمجرد الاستثناء

(٣) عينية القوانين مبدأ نشأ عن الحكم الاقطاعى ؛ وشخصية بعض القوانين مبدأ توحيه العدالة و يقضى به الحق

وقد كان هؤلاء الكتاب تحت تأثير فكرتين :

الاولى : ان من القوانين ما يقصد تطبيقه داخل اقليم الحكومة المحلية فقط — قارن بند ٢٢٩

الثانية : ان الحكومات المختلفة قد أخذت على نفسها ، لما رأته من المصلحة والفائدة ، أن تتجاوز فيما بينها فى تطبيق القوانين الخاصة

نتيجة

وبذلك أخذ الفرنسيون بجزء من النظرية الايطالية القديمة وجزء من النظريات الهولاندية . فكانت النتيجة تقليل عدة القوانين المعتبرة عينية

الانسان أشرف من المال

قال فرولان « ان الانسان اشرف من المال لأن هذا لم يخلق فى الواقع الا له وحده » وهذا المبدأ يناقض ما قاله بورجندوس على خط مستقيم (بند ٢٣٠) وكان الغرض منه نقض القاعدة السائدة من قديم والقائلة بأن « العادات هى عينية » Les coutumes sont réelles ، بند ٢٢١

وقد لاحظ ميلى (ص ٨٨) ان روح مبادئ أرجانتريوس (بند ٢٢٧)

المجمع العلمى الفرنسى Académie Française وله مؤلف واحد ولكنه عظيم القيمة — راجع لينيه ١ ص ٤١١

(٣) وكان محامياً أمام پارلمان پاريس وتوفى فى سنة ١٧٤٦ وله مؤلف عظيم يقع فى جزئين — راجع لينيه ١ ص ٤١٨

مذهب الاحوال في القانون المدني الفرنسي

قد انتصر فى فرنسا بعد حين من الدهر وان كانت المبادئ نفسها قد تحورت قليلا بمرور الزمان . و بذلك دخلت نظرية « الاحوال » فى عهد جديد وجاء قانون نابوليون المدنى مبيناً للمبادئ التى سادت فى ذلك العهد ومطبوعاً بطابعها فان المادة الثالثة منه تقول : « تنفذ قوانين الضبط والربط (البوليس) والنظام العام على جميع الاشخاص داخل الاقليم الفرنسى . وتخضع العقارات للقانون الفرنسى ولو كانت مملوكة لأجانب . وتسرى القوانين المتعلقة بالاحوال الشخصية والاهلية Capacité على جميع الفرنسيين ولو كانوا فى بلاد أجنبية » قارن المادتين ٤ و١٠ م م .

وقد ساد مذهب « الاحوال » فى فرنسا فى القرن التاسع عشر أيضاً وناصره أغلب المؤلفين فى القانون مثل فيلكس واوبرى ورو ودومولومب وبارد وأخيراً فارى سوميير

الدولى الخاص فى امريكا

٢٣٧ — القانون الدولى الخاص فى امريكا فى أوائل القرن التاسع عشر : لما تكونت الوحدة الامريكية بين الولايات المختلفة التى كان كل منها مستقلا قانوناً ، توجهت انظار العلماء الى الحلول العملية اللازمة لحسم المشكلات الناشئة عن تنازع القوانين فى تلك الولايات فانتقلت بذلك الحركة العلمية الى امريكا وقد كان أول المؤلفين ليفرمور Livermore (١٧٨٦ — ١٨٣٣) المحامى فى لويزيانا ولكنه لم ينجح فى عمله الا من حيث الفات النظر الى نظرية « الاحوال » التى كانت سائدة فى القرون الوسطى وذلك لان هذه النظرية لم تكن لتستطيع أن تسود وتفيد الفائدة المرجوة فى بلاد جديدة كثيرة النشاط من حيث العلائق التجارية والاجتماعية المنتشرة باستمرار فى كل جزء من أجزائها — أبان ليفرمور رأى كل مؤلف من مؤلفى « الاحوال » مظهراً بذلك اختلافهم فيما بينهم وخالفهم جميعاً فيما ذهبوا اليه فأظهر بذلك عدم استطاعة « نظرية الاحوال » أداء ما يطلب منها

ليفرمور

للحكم فى تنازع القوانين . ولكن عمله كان أساساً مفيداً لاعمال من جاء بعده[1]

أما المحور الذى ارتكزت عليه الاعمال الحديثة فى القانون الدولى الخاص فى العالم كله فان مؤلف الاستاذ ستورى Story الذى ظهر فى سنة ١٨٣٤ فانه جمع نتائج أفكار أصحاب نظرية « الاحوال » — وكان متأثراً دائماً بآراء هوبر ، بند ٢٣٠ ، ومع ذلك فقد كان مستقلا جداً فى التفاصيل — ووضع بجانبها المبادئ التى شرحتها المحاكم الانجليزية والامريكية لحل القضايا التى عرضت عليها . وكان الوقت الذى ظهر فيه كتابه وقتاً تنبهت فيه الاذهان الى وجوب الوصول الى قواعد معقولة . لأن عمل أصحاب نظرية الاحوال قد وقف والمجهودات التى أريد بها احياء النظرية قد أخفقت فى أمريكا وكانت ثمَّ مجهودات فى هذه البلاد الجديدة الغنية لايجاد حلول لتنازع القوانين ، مستمدة من القانون العام American and English Common Law ، ومبتكرة على هدى التجارب الجديدة فى الدنيا الجديدة وبدون أن يكون القائمون بتلك المجهودات على علم بما كتبه اصحاب نظرية « الاحوال » فى أوروبا . فقام ستورى ووفق بين المجهودات الجديدة وبين العلم القديم فكان منشئ العلم الحديث وكان كتابه أول أساس فى بناء النظريات الحديثة فى القانون الدولى الخاص[2] وكان أول المؤلفات التى شعر العالم بضرورتها لاشباع احتياجات العصر الجديد ؛ وظهرت من بعده نهضة كبرى فى حياة القانون الدولى الخاص فبرز الى عالم الوجود فى خلال خمسة عشر عاماً عدد كبير جداً من المؤلفات لكبار العلماء فى البلاد المختلفة ومنها المؤلفات الالمانية التى اضاءت السبيل لعلماء العالم طراً الى يومنا هذا[3]

العلامة الامريكى ستورى

منشئ العلم الحديث

---

[٢٣٧] (١) ولقد أهدى ليفرمور لجامعة هارفارد مجموعة كتبه البالغ عددها أربعمائة مجلد والمشتملة على علم القرون السادس عشر والسابع عشر والثامن عشر وكانت هذه المجموعة أساساً أيضاً لاعمال الاستاذ ستورى الذى كان مدرساً بالجامعة — بيل ص ٤٩

(٢) بيل ص ٥٠ و٥١ ولوران ١ ص ٥٥٣ ورولان ١ ص ١٠١ وبار ص ٤٦

(٣) لينيه ١ ص ٨ رومانى وبيل ص ٥١ ولقد ذكر فيلكس أنه اهتدى بآراء

النظريات الالمانية ٢٣٨ — النظريات الالمانية فى القرن التاسع عشر وتمتاز بنزعتها الفلسفية ويطرح أصحابها المذهب الهولندى القائل بأن أساس القانون الدولى الخاص هو المجاملات الدولية ويهجرونه لما فيه من تحكم وهم مع اقرارهم بوجوب تطبيق القوانين الاجنبية فى بعض الاحوال بواسطة المحاكم يرون أنه من المحتم عليها أن تبحث فى المبادئ القانونية العامة عن القانون الواجب تطبيقه فى كل مسألة من المسائل مهتدية فى ذلك بمبادئ العدالة وبما يمليه العقل والحكمة . وقد جعلوا أساس أفكارهم أن السماح بتطبيق القوانين الاجنبية ، من جانب أية حكومة من الحكومات ، ليس من باب القيام بما توجبه المجاملات الدولية ولكنه واجب يقضى به القانون الدولى العام الذى هو المنظم الأعلى لعلائق الحكومات فيما بينها . وقد تعددت النظريات الالمانية بتعدد أصحابها الذين منهم أيشهورن Eichhorn وجوشن Goschen وهوس Hauss وأخيراً زيتلمان Zitelmann [١] ولكن النظريات التى فاقت غيرها وانتشرت فى العالم كانت نظريات ڤختر وشفنر وساڤينى [٢] وسنوجز الكلام على كل منها لما لها من جليل الفائدة [٣]

ڤختر ٢٣٩ — نظرية ڤختر Wæchter [١] وتتلخص فى ثلاث قواعد : —

ستورى ، وكذلك شفنر (بند ٢٤٠) وقال عنه ساڤينى (بند ٢٤١) ما يأتى : ان آراء الكتاب وأحكام المحاكم فى مادة القانون الدولى الخاص كانت للآن فى منتهى الفوضى والتضارب . وان أعظم تصوير لهذه الحالة البعيدة عن الكمال القريبة الى الامل قد ورد فى الكتاب الجليل الذى وضعه ستورى وهو مفيد جدا باعتباره مجموعة ثمينة للمواد اللازمة لكل باحث (ساڤينى ص ٤٤)

[٢٣٨] (١) راجع فيها بار ص ٤٨ ،،

(٢) ڤايس ٣ ص ٥٤

(٣) يلاحظ القارئ أننا فى هذا الفصل انما نعرض النظريات بلا نقد عليها . أما النقد فمحله الفصل الثانى (بند ٢٦٩ ،،) وذلك لان وجه النقد لا يظهر بوضوح الا بعد استعراض نظريات الناقدين أولا حتى يعلم مقدار الصحة أو الخطأ أو التحامل فيما ينتقدون به غيرهم

[١٣٩] (١) عاش من سنة ١٧٩٧ الى سنة ١٨٨٠ وكان أستاذا فى جامعتى توبنج وليبزيج ورئيساً للاولى ، ورئيساً للمحكمة العليا فى لوبك فى المانيا — راجع ڤايس ٣ ص ٥٥ — ٥٧

قواعد فختر

الاولى — أنه يجب على القاضى، عند ما يطلب منه أن يحكم بقانونه أو بقانون أجنبى، أن يتقيد بارادة الشارع الذى هو ترجمانه أو مفسر لقوانينه ومطبق لها. فاذا أظهر الشارع ارادته فى أن يحكم فى جميع المسائل المتعلقة بالعقارات مثلا بمقتضى قانون موقعها Lex rei sitae فيجب أن يطبق هذا القانون دون غيره

الثانية — عند عدم وجود نص فى الموضوع يجب على القاضى أن يبحث فى روح قوانينه ونزعاتها لينظر هل يفهم منها أنه يجب تفضيل القانون الاقليمى أو تفضيل القانون الاجنبى أو هل يكون من المصلحة عدم الركون الى القانون الاجنبى خذ مثلا على ذلك حالة الزواج. فان القوانين المتعلقة به فى أمة من الأمم قد وضعت للعائلات التى تتكون من مجموعها تلك الأمة. وهذه الأمة لا تقصد مطلقاً أن تجعل لقوانينها هذه سلطانا على أفراد الامم الاخرى الذين يعيشون بعيداً عن عن هيئتها الاجتماعية المحلية والذين لا يشاركونها فى الافكار ولا فى الاخلاق. ولذلك فان هذه العائلات وأفرادها الذين يهاجرون من بلادهم يستمرون خاضعين لقانونهم الشخصى فيما يتعلق بأهليتهم للزواج والحصول على رضاء آبائهم وغير ذلك من مسائل الزواج وليس للقانون المحلى عليهم من سبيل فى هذا الموضوع لأنه ليس له صفة فى الحكم عليهم وليس له مصلحة فى سريانه عليهم

أما اذا أراد ألمانى مثلا أن يتزوج فى المانيا من امرأة أجنبية فان القانون الالمانى يهتم بالأمر ويكون من شأنه وحده أن يتم الزواج طبقاً لشروطه وأحكامه؛ فيبطل الزواج الذى لا تراعى فيه تلك الشروط والاحكام ولو كان صحيحاً طبقاً لقانون الزوجة؛ اذ من مصلحة سيادة الحكومة المحلية أن تكون الكلمة الاخيرة لقانونها فى هذا الموضوع لأن أحد الطرفين وهو الزوج تابع اليها. وتظهر نفس هذه المصلحة ويكون الحل واحداً فى حالة ما اذا كان الزواج حاصلا فى المانيا بين اثنين من الاجانب وكان محتملا أن يؤثر على النظام العام أو الآداب الحسنة فى

المانيا ولو كان صحيحاً طبقاً لقانونهما الشخصى

تقدير « بار » للقاعدتين

يقول « بار » عن هذين القاعدتين وقوله صحيح ، إنهما لا يمكن تفنيدهما ومن المقرر الآن أنه يكاد لا يوجد حكم قضائى واحد فى مادة متعلقة بالقانون الدولى الخاص ، يخلو من تطبيق هاتين القاعدتين الأساسيتين . والقاعدة الأولى ناتجة عن تقيد القاضى بقانونه والثانية أساسها أن رفع الدعوى لا يمكن أن ينشئ حقاً جديداً للطالب بل الغرض منه طلب اقرار الحق الذى اكتسب قبل رفعها (بند ١٧) — بار ص ٥٣

الثالثة — اذا لم يكن ثمت وجه يتبين من القانون أو من روحه أو مفهومه ، لحل المشكلة ، فيكون من واجب القاضى أن يحكم بقانون حكومته التى يستمد منها حق الحكم أى يحكم بمقتضى قانونه Lex fori [٢]

شفنر

٢٤٠ — نظرية شفنر Schaeffner[١] وهى تقضى كما قال ڤختر بوجوب تطبيق قانون القاضى فيما نص عليه ذلك القانون . فاذا كان صامتاً فيجب عليه أن يبحث فى كل علاقة قانونية على حدة ويطبق عليها قانون الجهة التى نشأت فيها تلك العلاقة أو ظهرت فيها الى عالم الوجود Where it came into existence أو Où il a pris naissance وتقرب نظريته هذه من نظرية الحقوق المكتسبة التى سيأتى الكلام عليها فى بند ٢٦٢

وقد طبق هذه القاعدة على العلائق القانونية المختلفة فقرر أن الحالة الشخصية للانسان l'état, status وأهليته Capacité تخضعان لقانون موطنه الاصلى (بند ٨٧) لأنه قانون الجهة التى ظهر فيها الشخص فى عالم الوجود لأول مرة . وكذلك لمعرفة ما اذا كان الطفل الغير الشرعى يصبح شرعياً بزواج والده بوالدته يلتجئ شفنر

---

(٢) ڤايس ٣ ص ٥٥ — ٥٧ وبار ص ٥٢ — ٥٤ وفيما يتعلق بالنقد راجع بند ٢٧٥ فيما يلى

[٢٤٠] (١) ولد فى سنة ١٨١٥ فى فرانكفورت على المين وصار محامياً فيها فى سنة ١٨٣٦ وله مؤلفات متعددة أهمها كتابه فى القانون الدولى الخاص ..

الى قانون الجهة التى ولد فيها الطفل (قارن بند ٩١) لأن فى هذه الجهة نشأت علاقة الطفل بأبويه [٢]

و بخصوص الاموال يفرق شفنر بين حالة النظر اليها من حيث مجموعها و بين حالة النظر اليها منفردة أو مجزأة ut singuli ففى الحالة الأولى يحكمها قانون الموطن لأن مركز الانسان القانونى Siège légal هو فى موطنه وفى هذا المركز قد حصل الانسان على أهلية امتلاك الاموال بوجه عام ؛ وفى الحالة الثانية تخضع العلائق القانونية المتعلقة بأى مال من الاموال لقانون الجهة التى يوجد فيها ذلك المال لأن الانسان لا يكتسب حقوقاً عليه الا فى هذه الجهة ولذلك يطبق قانون موقع الشيء بالنسبة للتصرفات الواقعة عليه [٣]

العلامة الاكبر سافينى

٢٤١ — نظرية سافينى Savigny : كان سافينى أستاذاً بجامعات ماربورج ولاندسهوت وبرلين وعاش من سنة ١٧٧٩ الى ١٨٦١ وهو فخر علماء القانون الرومانى والقانون الدولى الخاص فى القرن التاسع عشر . قال عنه العلامة وستليك أستاذ جامعة كمبردج (ص ٢٢ من كتابه) ما يأتى : ان أعظم ما قدم من الاعمال بعد القرن الثامن عشر الى يومنا هذا خدمة للعلم فى مادة القانون الدولى الخاص هو ما قام به سافينى وضمنه الجزء الثامن من كتابه فى القانون الرومانى الحديث System des heutigen Rœmischen Rechts الذى وضع فى سنة ١٨٤٩ وترجم الى اللغتين الفرنسية والانجليزية وغيرهما (راجع بندى ٣ و ٥)

وقد كان لآراء سافينى تأثير عظيم جداً فى تقدم دراسة علم القانون الدولى الخاص فى جميع انحاء العالم وقد اتبعه فى افكاره وطريقته عدد عظيم من العلماء

---

(٢) يلاحظ هنا أن العلاقة القانونية بين هذا الولد ووالده لم تنشأ عند الولادة لان المفروض أن الطفل لم يكن شرعياً ، وأن العلاقة لم تولد الا بالزواج فيما بعد فيكون رأى شفنر غير وجيه وتكون القاعدة التى وضعها ليست سديدة فى بعض تطبيقاتها خصوصاً وأنه لم يبين الوقت الذى تعتبر فيه العلاقة قد نشأت أو تولدت — بار ص ٤٩ والنقد فيما يلى ، بند ٢٧٥

(٣) فايس ٣ ص ٥٧ — ٥٨ وبار ص ٤٩ و ٥٠

فى مختلف البلاد منهم ويندشايد وومسن وبار فى المانيا ، وآسر وريڤييه ورولان فى هولاندا والبلچيك ، ومارتانس فى الروسيا ، ولينيه ودسپانيه واودينيه وپييه وڤاليرى فى فرنسا ؛ وكان له تأثير عظيم جدا على علماء انجلترا وامريكا مثل فيليمور ووستليك ولورنس ووارتون(١). ويقول مؤلفو الپاندكت الفرنسية وهى أحدث الموسوعات الفرنسية القانونية وأجلها ، عن ساڤينى ، انه كان صاحب الفضل فى تبيين الطريقة الصحيحة التى يجب اتباعها لحل مسائل تنازع القوانين(٢)

وجهة نظر ساڤينى

٢٤٢ — يختلف ساڤينى من حيث وجهة نظره اختلافاً كبيراً مع الكتاب الذين أخذوا بنظرية « الاحوال » بند ٢٢٥ ،، ومع العلماء الالمانيين الآخرين فهو لا يعول على شخصية القوانين أو عينيتها لمنع التنازع بينها أو لحله كما أنه لا يعير أهميـة خاصة لقانون المحكمة التى ترفع فيها القضية مثل ڤختر فى قاعدته الثالثة (بند٢٣٩) ولا لقانون الجهة التى نشأت فيها العلاقة القانونية مثل شفنر فى قاعدته الاساسية . كل هذه العناصر ليس لها فى نظره الا أهميـة ثانوية . فانه قد ابتكر نهجاً جديداً للحكم حيث رأى مبدئيـاً وجوب اجتناب وضع قواعد عامة يكون الغرض التنفيذ بها مقدماً وتطبيقها بوجه عام ومطلق ولذلك فهو يرى انه كلما عرضت على القاضى قضية حصل التنازع فيها بين قوانين مدنية فيكون من واجبه أولا أن يحلل طبيعة العمل القانونى الذى تسبب عنه النزاع تحليلا دقيقاً . ومتى تحددت هذه الطبيعة فيجب عليه ثانياً أن يبحث فيما هو القانون الذى يكون أكثر موافقة أو ملاءمة للموضوع ؛ أو بتعبير آخر يبحث لكل صلة من الصلات القانونية أى لكل نقطة من النقط المتعددة فى القضـية ، عن القانون الذى يناسب طبيعتها أو القانون الذى تخضع اليه تلك النقطة ؛ أو بمعنى آخر يجب عليـه أن يكتشف لكل علاقة قانونية القانون الذى ترتكز عليه أو الذى يحكمها بحسب طبيعتها

القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية

---

[٢٤١] (١) ڤارز ڤايس ٣ ص٨٥ — ٨٩ ويل ص ٨٩

(٢) الپاندكت لفظ قوانين وذكريتات Lois et décrets جزء ٣٧ نمرة ٦٤٢

الخاصة . فمتى انكشف له ذلك القانون فانه يطبقه على العلاقة المذكورة ولو كان ذلك القانون من صنع مشرع أجنبي وذلك لأنه يرى أن الدول تعيش فى هذه الايام فى اتصال مستمر كأنها مجتمع واحد تسود فيه التجارة والصلات القانونية الأخرى وأن النتيجة الطبيعية لهذه الحالة ليست التحاسد والتخازل والتنابذ بالسيادة الاقليمية وانما هى الاقرار الودى — المبنى على المقتضيات الطبيعية والبعيد عن فكرة التحكم — للنظامات القانونية Legal systems السائدة فى البلاد الاخرى فيما يتعلق بالصلات القانونية التى بطبيعتها تكون ملحقة بتلك النظامات (بند ١٨)

غير أن سافينى يستثنى من القاعدة المذكورة حالتين الأولى حالة القواعد المشتملة على أمر واجب الاتباع بشكل مطلق ومقرر للمصلحة العامة أى متعلق بالنظام العام فان هذه القواعد يجب أن تحترم دائماً وتنفذ بواسطة محاكمها والثانية حالة النظم القانونية الخاصة بحكومة أجنبية والتى لا يقرها قانون المحكمة فيجب أن يمنع كل أثر لها (٣)

النظرية والسيادة الاقليمية

٢٤٣ — وربما يظهر من أول وهلة أن هذه النظرية تتجاهل حقوق السيادة الاقليمية التى تنفر من استيراد القوانين الاجنبية والعمل بها فوق أرضها . ولكن سافينى يلاحظ أن حقوق السيادة محدودة بما يكفل لها المحافظة عليها والدفاع عنها وأنه قد كفل لها ذلك بأن جعل جميع القواعد الناهية والتى وضعت للمحافظة على المصالح العامة سارية على جميع الاشخاص القاطنين فى البلد سواء كانوا وطنيين أو أجانب . أما فى الاحوال التى ليس فيها مساس مباشر بالصالح العام فان حقوق الحكومة لا تتأثر اذا ما امتنعنا عن تطبيق القوانين التى وضعتها على كل الاشخاص وكل الاشياء الموجودة داخل اقليمها دون غيرها من القوانين ، وقصرنا اهتمامنا على النقطة المطلوب البحث فيها

---

(٣) سافينى بند ٣٤٨ ص ٦٨ ،، ترجمة جوترى ويلاحظ أن هذين الاستثنائين عامان ويوجدان فى كل نظرية وفى كل قانون تقريباً كما سيتضح فيما يلى وقارن بند ٢٧٤

وليس فى ذلك من حرج فان من كتبوا عن نظرية « الاحوال » وهم الذين يغرقون فى تقدير السيادة الاقليمية يعترفون بأن القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية والاهلية ليست مقصورة التطبيق على الاقليم الذى وضعت فيه ولا أهمية مطلقاً لكون السبب الباعث على تطبيق قانون أجنبى هو « المجاملات » الدولية التى قال بها أصحاب نظرية «الاحوال» أو قواعد العدل والقانون التى يقول بها ساڤينى اذ المقرر فى كل النظريات أن القاضى ملزم بتطبيق القوانين الاجنبية فى بعض المسائل

تطبيق نظرية ساڤينى

٢٤٤ — وقد طبق ساڤينى نظريته على المواد القانونية المختلفة فجعل « الاشخاص » خاضعين لقانون « الموطن » باعتباره القانون الذى رضى الشخص

١ : الاشخاص

أن يخضع اليه بارادته واختياره فيطبق عليه هذا القانون فيما يتعلق بحالته الشخصية وأهليته اللهم الا اذا كان قانون القاضى يشتمل على قاعدة أخرى أملتها المصلحة العامة الادبية أو الاقتصادية وفى هذه الحالة تسترد السيادة الاقليمية كامل حقوقها فلا تسمح بتطبيق القانون الاجنبى . ولذلك لا يصح مثلا لأجنبى يستطيع تعدد زوجاته بمقتضى قانونه الشخصى أن يعقد زواجاً ثانياً فى بلد يحرم قانونه هذا الزواج الثانى باعتباره مخالفاً للآداب . وكذلك اذا حكم على شخص بعدم الاهلية لخروجه على أحكام الدين فى موطنه فانه يعتبر ذا أهلية فى كل البلاد التى تمج قوانينها وآدابها فكرة الحجر على الاشخاص بسبب الدين أو بأسباب أخرى مشابهة لذلك

٢ : الاموال

فاذا ما أريد تقرير حقوق الشخص بالنسبة لشىء معين داخل ضمن ثروته وهى الحقوق المقررة على الاشياء بصفة خاصة Jura in re وطرق اكتساب الملكية عليها أو التصرف فيها — فان القانون الذى يبين تلك الحقوق هو قانون الجهة الموجود بها ذلك الشىء أى قانون موقعه وذلك « لأن الاشياء المادية واقعة تحت حواس الانسان وشاغلة لجزء من الفراغ فيكون المحل الذى تشغله مركزاً للعلائق

القانونية التى يصح أن تقع على تلك الاشياء ومن المشاهد أن من يريد أن يكتسب حقاً على شيء معين ينتقل الى موقع الشيء وفى نيته اكتساب الحق المذكور ويخضع بارادته واختياره فيما يتعلق بالصلة القانونية الخاصة المقصودة ، لقانون الجهة التى يوجد فيها الشيء فاذا قلنا بناء على ذلك ان الحقوق العينية تخضع لقانون موقع الشيء Lex reisitae فاننا نبدأ أيضاً بنفس الفكرة التى بدأنا بها عند ما قررنا أن الاحوال الشخصية للانسان خاضعة لقانون موطنه »[1] فان كلا من الفكرتين يرتكز على الخضوع الاختيارى Voluntary submission

ويلاحظ أن سافينى يلتقى فى هذه النقطة وكذلك فى نقطة حالة الاشخاص وأهليتهم ، مع أصحاب نظرية « الاحوال » ولكن آراءه فى هذا الموضوع أبعد مدىً من نظرية الاحوال لأنه لا يسمح بالتميز بين المنقولات والعقارات فانها كلها خاضعة مبدئياً من حيث الحقوق التى تترتب عليها ، لسلطة قانون موقعها

الملكية ونحوها

فمثلا اذا أردنا معرفة القانون الذى يحكم اكتساب ملكية شيء معين فانه يكون قانون موقع ذلك الشيء الذى يرشدنا الى كونه قابلا لان يتملكه الافراد أو قابلا للتملك بالاستيلاء عليه occupation أو بالتسليم tradition أو بمضى المدة usucapion ومع ذلك فيجب ان يستثنى من ذلك مسألة الاهلية capacité اللازمة على العموم للمتصرف ولمن حصل اليه التصرف فانها خاضعة بالنسبة لكل منهما الى قانون موطنه

وما جاز على الملكية الكاملة يجوز على الحقوق المنتزعة منها

فالملكية اذاً وكل الحقوق العينية تخضع لقانون موقع الشيء ولكن يرجع فى كل الاحوال الى قانون موطن الشخص للحكم فى المواريث بدون تمييز بين العقارات والمنقولات[2]

---

[٢٤٤] (١) سافينى بند ٣٦٦ ص ١٧٤ فى ترجمة جوترى

(٢) سافينى بند ٣٦٦ ص ١٧٥ ›› وبند ٣٦٧ ص ١٨٢ ›› وبند ٣٦٨ ص ١٨٧ ››

٣ – الالتزامات — وأخيراً اذا أردنا معرفة القانون الذى يحكم مادة الالتزامات obligations فان ساڤينى يفرق لنا بين كل من العناصر المختلفة التى تشتمل عليها تلك المادة ويحللها فاما الشكل أو مجموع المظاهر الخارجية للعمل القانونى الذى انبعث منه الالتزام فانه يخضعه لقانون المحل الذى حصل فيه العمل المذكور وأما جوهر الالتزام أو الشروط اللازمة لصحته من حيث مشروعيته وآثاره فانه يخضعها لقانون الجهة التى سينفذ فيها الالتزام اللهم الا اذا ظهرت ارادة الطرفين صراحة وتوجهت الى غير ذلك القانون أو اذا تبين من الظروف انهم لم يقصدوا الخضوع اليه (٣)

نظرية مانشينى — ٢٤٥ — النظرية الايطاليــة الحديثة فى شخصية القوانين : ظهرت هذه النظرية فى سنة ١٨٥١ وقد ابتكرها مانشينى Mancini وهو من رجال السياسية الايطاليين وهى نظرية شخصية القوانين المبنية على الجنسية . واساسها ان الحكومة أو الدولة هى قبل كل شىء مجموعة من الاشخاص المتصلين برابطة عامة من مقتضاها الخضوع الى الملك أو الحاكم ولذلك فان جميع القوانين التى يسنها الحاكم المذكور تكون شخصية لرعاياه و يجب ان تتبعهم حيث يتوجهون . ومع ذلك فالحكومة فى الوقت الحاضر متسع من الارض أو اقليم ينبسط عليه سلطانها ولها عليــه السلطة اللازمة لتنفيذ قوانينها على كل شخص يوجد فيه سواء كان تابعاً أو غير تابع

واذا جاز تصور وجود حكومة بدون ان يكون لها اقليم (وقد كانت هذه حالة بعض الحكومات فى أثناء الحرب العظمى مثل بلچيكا والصرب) فانه لا يتصور ولو نظريا وجود حكومة بدون ان يكون لها رعايا وبذلك يكون الاقليم شرطا ثانويا فى وجود الحكومة و يجب ان تتلاشى فكرة اقليمية القوانين بجانب فكرة شخصية القوانين ما لم يكن هناك مصلحة قوية ذات أهمية خاصة تتعارض مع هذا الترتيب

القاعدة العامة فيها — ٢٤٦ — وتكون القاعدة العامة اذاً ، بناء على هذه النظرية ، ان القوانين

---

(٣) ساڤينى بند ٣٦٩ " ص ١٩٤ ،، وبند ٣٨١ " ص ٣١٨ ،، وڤايس ٣ ص ٥٨ — ٨٢

الاستثناءات

التى اصدرتها الحكومة التابع اليها شخص معين يجب أن تحكم هذا الشخص فى كل اعماله وعلائقه القانونية . ولا يستثنى من هذا الحكم الا ثلاثة أمور وهى :

أولا — قواعد النظام العام الدولى règles d'ordre public international

ثانيا — قاعدة ان شكل العقد او العمل الاختيارى خاضع لقانون بلد تحريره locus regit actum

ثالثا — قاعدة احترام ارادة المتعاقدين L'autonomie de la volonté

٢٤٧ — وقد دون المشرع الايطالى هذه النظرية فى القانون المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٨٥٥ (بند ٢٦٧ فيا يلى) واخذ بها القانون المدنى الالمانى (بند ٢٦٨ فيا يلى) وقد أخذ بهـا أيضاً بعض علماء العصر الحاضر مثل ڤايس وسورڤى وأرتوى وأودينيه فى فرنسا ولوران فى بلجيكا وهى النظرية التى عول عليها فى ملحق موسوعات داللوز تحت لفظ قوانين Lois

النظرية كما يشرحها ڤايس

٢٤٨ — ويضع الاستاذ ڤايس هذه النظرية بالشكل الآتى :

« اذا ما نص القانون على مصالح خاصة بالافراد فانه يتوخى دائما منفعة الشخص فلا يجوز ان يسرى الا على الافراد الذين وضع لهم القانون ؛ ولكن بالنسبة لهؤلاء يجب ان يحكمهم القانون المذكور فى أى جهة يكونون وفى علائقهم القانونية كافة ولا يستثنى من ذلك الا المسائل المتعلقة بالنظام العـام الدولى ، وقاعدة خضوع الاعمال من حيث الشكل لقانون البلد الذى حصلت فيه ، وقاعدة احترام ارادة المتعاقدين »

ولتسهيل ادراك هذه النظرية واستثناءاتها نشرح الآن ما تنطوى عليه تاركين نقدها الى محله الطبيعى فى بند ٢٧٤

١ — النظام العام الدولى

٢٤٩ — الاستثناء الاول : قواعد النظام العـام الدولى : يجب على كل حكومة ان تبدأ بالاهتمام بمصالح رعاياها أى مصالحها هى قبل كل شىء . ولذلك لا تسمح أى حكومة للاجانب بان يعفوا فى اقليمها من اتباع القواعد التى ترى أن مخالفتها

فى اقليمها ضارة بها ومجرد كون القانون الشخصى لاى اجنبي يسمح له بعمل ما هو محرم فى القانون الاقليمى لا يعتبر مسوغا للسماح لهذا الاجنبي بعمل ما هو محرم على اهالى الاقليم فيمتاز بما يحرمون هم منه ولا يكون لأى اجنبي ان يتمتع بالحقوق التى جعلتها الحكومة مقصورة على رعاياها . ومع ذلك فكثير من القواعد الواردة بطريق الامر وهى المسماة القواعد اللازمة régles impératives قد وضع لمصلحة الفرد نفسه وليس له مساس بالحكومة ، مثال ذلك القواعد المتعلقة بالاهلية capa-cité فان الحكومة لا تتأثر مطلقاً اذا ما التزم الاجنبي بمقتضى قانونه الخاص فى سن أقل من السن التى قررتها لأهلية رعاياها. ولذلك يجب التمييز بين « القواعد اللازمة » التى وضعت لرعايا الحكومة دون غيرهم أى اللازمة على رعاياها — التى تعتبر ماسة بالنظام العام الوطنى وحده — و « القواعد اللازمة » التى وضعت لتراعى بالنسبة لجميع من يوجدون داخل اقليمها سواء كانوا من الرعايا أو من الاجانب — والتى تعتبر ماسة بالنظام العام الدولى — وهذه وحدها هى التى يجب ان يخضع لها الاجانب داخل اقليم الحكومة فلا يعبأ فيما يختص بها بقانون الشخص الاجنبي و يسرى عليه بالنسبة لها حكم القانون الاقليمى و بذلك يتحقق الاستثناء الاول من قاعدة تطبيق القانون الشخصى بالنسبة لكل شخص

وتشمل قواعد النظام العام الدولى ما يأتى : —

اولا : القانون العام للدولة Le Droit public و يدخل تحته القوانين المنظمة للصحافة ولحق الاجتماع والقوانين المتعلقة بالدستور وبحكومة البلاد واستعمال حقوق السيادة واساس نظام الادارة والقضاء واختصاصات المحاكم والقوانين المبينة لحقوق الوطنيين

ثانيا : القوانين المتعلقة بالاراضى المكونة لاقليم الدولة — وهى المسماة بالنظام العقارى régime de propriété foncière

ثالثا : القوانين المتعلقة بتنفيذ الاحكام والسندات

رابعا : القوانين واللوائح ذات الصبغة الجنائية

خامساً : جميع القوانين التي يرى المشرع أو ترى المحاكم أنها قد وضعت للمصلحة العامة والتي يؤدى انتهاك حرمتها فى نظرهم الى فوات الغرض الذى وضعت من أجله وتلك المصلحة العامة يصح أن تكون سياسية أو أدبية أو اقتصادية أو دينية (١)

٢ — شكل الاعمال الاختيارية

٢٥٠ — الاستثناء الثانى : خضوع الشكل لقانون محل التعامل Locus regit actum هذه القاعدة لا تنطبق الا على الشكل دون غيره من الأمور. أما الشروط الجوهرية لصحة العمل وهى الشروط الداخلية ، وكذلك أهلية المتعاقدين فلا تدخل تحت هذه القاعدة التى من مقتضاها أن العمل القانونى ، مثل العقد والوصية ، الذى يكون صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذى عمل فيه يعتبر صحيحاً أيضاً فى أى جهة أخرى . وتعتبر هذه القاعدة استثناء من نظرية شخصية القوانين بمعنى أن الاصل أن يكون شكل العقد كأى أمر آخر محكوماً بقانون جنسية الشخص ولكن من باب الاستثناء اذا لم يكن الشكل صحيحاً طبقاً لقانون الجنسية وكان صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذى حصل فيه العقد أو نحوه فانه يعتبر صحيحاً على الاطلاق فى كل بلد من بلاد العالم ما لم يكن قانون الجنسية قد نص بطريقة الزامية على وجوب اتباع الشكل المقرر فيه فيجب فى هذه الحالة احترام القانون الشخصى وذلك بمقتضى فكرة « النظام العام الدولى » التى سبق شرحها ويكون ذلك بمقتضى النهى الوارد فى القانون الشخصى الذى يتطلب الشكل الخاص به (١)

هذا وتعتبر قاعدة خضوع الشكل لقانون البلد الذى حصل فيه العمل من القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص وان حصل اختلاف فى طبيعتها وقوتها

---

[٢٤٩] (١) قارن ڤايس ٣ ص ٩٤ — ١٠٧ وراجع النقد هنا بند ٢٧٤

[٢٥٠] (١) ڤايس ٣ ص ١٠١ — ١٢٥

من حيث هى قاعدة لازمة أو اختيارية بجانب الشكل المرسوم بالقانون الشخصى (٣)

٣ — حكم الارادة

٢٥١ — الاستثناء الثالث : حكم ارادة المتعاقدين : لا ريب أن كثيراً من القواعد الواردة فى القانون الشخصى للانسان مقصود بها أن تكون اختيارية بمعنى أنها وضعت لتطبق فى حالة عدم اتفاق المتعاقدين صراحة على غيرها أو وضعت لتفسر ما اتفقوا عليه . كما لا شك أنه يجوز للشخص وهو فى بلده أن يتفق مع الغير أو يقرر أنه يستبدل هذه القواعد بما يريد من القواعد الاخرى وهو بخروجه عن ذلك البلد لا يفقد ذلك الحق . فمثلا القواعد المقررة فى المواريث مقصود بها فى كثير من بلاد العالم ترتيب الميراث فى حالة عدم ترك المتوفى لوصية . والمتوفى يستطيع ان يوصى وان يغير ترتيب أو نظام الاستحقاق فى ميراثه الا انه اذا نص قانون المواريث على قيود فيما يختص بالايصاء أو الهبة — مثل ماجاء فى المادة ٧٨م م من عدم تجاوز حد النصاب Quotité disponible أو عدم ابقاء القدر المفروض شرعا للورثة Légitime réserve — فيجب احترام مثل هذا النص من جانب الوطنيين الذين وضع لهم النص المذكور ويجب ان يحكمهم فى اى جهة يكونون أما فيما يختص بمضمون الوصية وما تشتمل عليه وآثارها فان ارادة الموصى تعتبر كنص الشارع واجبة الاحترام وهى ليست مقيدة باى قانون معين فيصح له يختار التوريث بمقتضى اى قانون اجنبى يريد ما دام هذا لا يخالف ما سبق ذكره بخصوص حد النصاب أو ابقاء القدر المفروض شرعا للورثة وهذا بالضرورة لا ينطبق على الاهلية اللازمة لعمل الوصية لانها من أمر قانون جنسية الموصى ولا ينطبق على الشروط الشكلية لانها من أمر قانون الجهة التى حصلت فيها الوصية ولا ينطبق على ماتعلق بالنظام العام الدولى فانه لا يصح مخالفته بحال من الاحوال . وما جاز على الوصية يصح ايضاً فى مادة العقود contrats فانه ليس فيها ما يكون متعلقا بارادة

---

(٣) راجع البنود الآتية ٢٢٥ و ٢٤٤ و ٢٥٩ و ٢٦٢ و ٢٦٤ و ٢٦٧ و ٢٦٨ و ٣٧٤ و ٣٩١ و ٣٩٢

المتعاقدين ويخضع حتماً لحكم قانون جنسيتهم فالقانون الذى يعمل به فى هذه الاحوال هو القانون الذى اختاره الخصوم وقصدوا أن يحكّموه فيما اتفقوا عليه ويصح أن يكون قانونهم الشخصى اذا كانوا من جنسية واحدة كما يصح أن يكون قانوناً أجنبياً محضاً . لذلك كان واجباً أن يعمل دائماً فى التصرفات الاختيارية بالقانون الذى قصده الشخص أو المتعاقدان ، وأن يستبعد حكم القانون الشخصى فى كل ما قصد الرجوع فيه الى قانون آخر اللهم الا فيما لا تتفق فيه ارادة الشخص مع ما أمر به القانون من القواعد اللازمة [1]

تقدير النظريات الايطالية وغيرها

٢٥٢ — تلك اذاً قاعدة النظرية الايطالية الحديثة واستثناءاتها وهى لم تنل رضاء أغلب متشرعى هذا العصر (وسيرد نقدها فى بند ٢٧٤) فمنهم من يفضل طريقة سافينى ومنهم من يفضل تجديد نظرية الاحوال وتهذيبها ومنهم من يبتكر طرقاً أخرى . لذلك كان حقاً علينا أن نأتى هنا على « نظرية الاحوال » الجديدة كما صورها الكونت ڤارى سوميير ناظر كلية الحقوق بالجامعة الكاثوليكية بمدينة ليل فى كتابه المسمى La Synthèse du Droit international privé المطبوع فى باريس سنة ١٨٩٤ وفى مقالة فى كلونيه ١٩٠٠ ص ٤٦٥. ثم نتكلم عن نظريات الاستاذ پييه المدرس بجامعة پاريس والاستاذ ڤاليرى ناظر كلية مونپلييه وأخيراً نتكلم عن نظريات أو مبادئ الأستاذ دايسى المدرس بجامعة أكسفورد

ڤارى سوميير

٢٥٣ — نظرية « الاحوال » كما صورها ڤارى سوميير : يصح أن نلخص هذه النظرية فى ستة مبادئ منها المبدآن الأولان يعتبران بمثابة قواعد عامة والاربعة الأخرى إما استثناءات من القواعد العامة واما استثناءات من الاستثناءات ولكن تلك الاستثناءات متسعة النطاق اتساعاً يسمح بمعاملتها كقواعد مستقلة . وها هى المبادئ الستة المذكورة : —

---

[٢٥١] (١) ڤايس ٣ ص ١٢٥ — ١٨٩

القاعدة الاساسية اقليمية القوانين

٢٥٤ — المبدأ الاول : قوانين الحكومة تحكم بصفة شرعية داخل اقليم الحكومة سلوك كل شخص سواء كان من الاجانب أو من الوطنيين — و بتعبير آخر : كل عمل يحصل فى اقليم الدولة من أى شخص كان ، يعتبر مبدئياً خاضعاً لحكم القانون الاقليمى العام . لذلك يجب على الاجانب الذين يقطنون فى دولة معينة أن يجعلوا جميع أعمالهم الحاصلة فى اقليم تلك الدولة مطابقة لمقتضيات القانون الاقليمى ولذلك أيضاً كان واجباً على كل الاشخاص، سواء كانوا وطنيين أو أجانب، الذين لهم أملاك فى الاقليم والذين هم خارج ذلك الاقليم ، أن يخضعوا للقانون الاقليمى فى كل تصرفاتهم المتعلقة بتلك الأملاك حتى ولو حصل التصرف خارج حدودها : فجميع التصرفات وانشاء حقوق الارتفاق ونحوها تخضع لقانون موقع الشىء Lex rei sitae فاذا حصلت وتم الاتفاق عليها خارج الاقليم فهى مع ذلك واقعة على أموال داخلة ضمن حدوده وتعتبر فى آخر الأمر أنها تمت ونفذت داخل تلك الحدود . وكثيراً ما يقال ان القانون الاقليمى يحكم جميع الاشخاص وجميع الأشياء الموجودة داخل حدوده ولكن هذا القول ليس فى دقة المبدأ الذى ذكرناه لأن هذا القانون لا يحكم الأشخاص بشكل مطلق اذ هو لا يحكمهم الا بالنسبة للاعمال التى تتم وتنفذ فى الاقليم ؛ و بوجه عام هو لا يحكمهم بالنسبة للاعمال الحاصلة خارج الاقليم . وفوق ذلك فان القانون لا يحكم الاشياء أو الاموال وانما يحكم أصحابها فيما يختص بها سواء كانوا موجودين فى الاقليم أو خارجين عنه . وحكم القانون الاقليمى يعتبر مشروعاً فى نظر الحكومة المختصة وفى نظر الحكومات الاخرى على السواء : لذلك كانت الاعمال الحاصلة فى اقليم أية دولة طبقاً لقانونها ، معتبرة صحيحة ومشروعة فى كل جهة ، والاعمال التى ليست صحيحة طبقاً لذلك القانون لا تعتبر صحيحة فى أية جهة

القاعدة الفرعية: لا حكم للقانون خارج اقليمه

٢٥٥ — المبدأ الثانى : قوانين الدولة لا تحكم خارج اقليمها سلوك أى شخص سواء كان وطنياً أو أجنبياً — ويقال بتعبير أقل دقة مما ذكر ان قوانين

الدولة لا تحكم الاشخاص والأشياء خارج اقليم الدولة . والحقيقة أن القانون يحكم الاشخاص القاطنين خارج اقليمه فى كل ما يتعلق بالأموال المملوكة لهم داخل الاقليم . وهذه القاعدة تشتمل على فكرتين :

الأولى : ان الحكومة لا تستطيع أن تنفذ قوانينها على رعاياها فى بلاد حكومات أخرى

الثانية : ان هذه القوانين ليست ملزمة لهم حتى فى نظر حكومتهم نفسها لأن هذه القوانين لم تشرع للاعمال التى يقوم بها رعاياها خارج اقليمها . ولكن هذا المبدأ ليس معناه أن تزول آثار القوانين الوطنية بالنسبة للوطنى الذى هجر بلده فان ذلك يكون متناقضاً مع المبدإ الأول . لذلك كان واجباً أن تحكم القوانين الاجنبية سلوك رعاياها بشكل نهائى فيما يتعلق بماضى أعمالهم ويكون لتلك القوانين أثر فى الحاضر وفى المستقبل لانها مبنية على الماضى . ولا يكون للقوانين فى هذه الحالة أثر خارج الاقليم . ولكن الاعمال القانونية التى تمت تحت سلطان تلك القوانين هى التى يكون لها أثر خارج الاقليم

ويدمج ڤارى سوميير المبدأين الأول فى الثانى ويخرج منهما مبدأ واحداً يلبسه ثوب نظرية عدم استناد القوانين La non retroactivité des lois وهو ما لا يتسع المقام لشرحه هنا (١)

الاستثناءات الاربعة

١ — الاحوال الشخصية

٢٥٦ — المبدأ الثالث : القوانين المتعلقة بالشخص ، أو القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية وبالاهلية ، تتبع الشخص خارج اقليم حكومته وتحكمه هى الاخرى بدورها ، فى كل أعماله وحقوقه . وهذا هو المبدأ القديم المسمى مبدأ شخصية القوانين توصى بتطبيقه نظرية الاحوال فيما يتعلق بالحالة الشخصيــة والاهلية . وتسمى القوانين الخاصة بالحالة الشخصية والاهلية « الاحوال الشخصية » لانها تبين حالة الاشخاص ولأنها تتبع الشخص فى كل مكان . وهنا يرد السؤال المحرج وهو كيف

---

[٢٥٥] ڤارى سوميير ١ ص ٣٠ — ٣٤

يكون التميز بين الاحوال الشخصية والاحوال العينية ؟ ولكن يجب ان نتذكر ان « العادات » coutumes فى فرنسا لم يكن لها قواعد خاصة الا من حيث الاشخاص والاشياء . أما القانون العام والقانون الجنائى والمرافعات والقانون المالى فانها كانت على العموم شائعة وعامة بالنسبة لفرنسا كلها وكانت القواعد المتعلقة بالالتزامات والعقود متحدة فى جميع المملكة . وقد اقتصرت « العادات » على بيان حالة الاشخاص وأهليتهم والحقوق على الاشياء وطرق تملكها ولم تشتمل الا على « الاحوال الشخصية » و « الاحوال العينية » وقد كان التميز بين كل منها عند اصحاب نظرية الاحوال من الامور العسيرة المضنية . على ان الفكرة الصائبة للوصول الى ذلك هى الركون الى الغرض الاساسى من القانون والنظر فيما كان يشغل المشرع من الحالتين : حالة الاشخاص أو حالة الاشياء : فمثلا القاعدة التى كانت تقضى فى فرنسا قديما بمنع تصرف القصر فى العقارات المملوكة لهم قبل سن ٢٥ سنة هى قاعده الغرض منها حماية القاصر وليس الغرض فيها حماية العقار ولذلك فهى قاعدة من قواعد الاحوال الشخصية . وقد اجمع علماء « نظرية الاحوال » على اعتبار قواعد المواريث من مسائل الاحوال العينية وليس هذا الآن محل بيان صحة نظرهم هذا أو خطئه

المنقولات من حيث الميراث والامتيـــاز

٢٥٧ — المبدأ الرابع : تعتبر المنقولات من حيث المواريث وحقوق الامتياز كأنها موجودة دائما فى موطن المالك لها أو البلد الذى ينتمى اليه بجنسيته ومحكومة بقانون هذا المحل التصورى . والسبب فى ذلك ان القاعدة العامة هى ان المنقولات كالعقارات تماما محكومة بقانون الجهة التى توجد فيها ماديا وانه لا يستثنى من ذلك الا حالتا المواريث والامتياز ففيهما تعتبر المنقولات تابعة للشخص وتتبعه حيث يكون موطنه أو بلد جنسيته . ويعبر عن هذه القاعدة بالجملة الآتية « المنقولات تتبع الشخص » mobilia sequuntur personam أو المنقولات تلتصق بعظام الشخص mobilia ossibus personæ inhærent والغرض من القاعدة هو منع

الثروة المنقولة من الخضوع فى مادة المواريث والامتياز لقانون الجهة التى ينتقل اليها الانسان لمجرد تغيير محل اقامته

ارادة المتعاقدين

٢٥٨ — المبدأ الخامس : يجب تطبيق قواعد التفسير والتكميل الواردة فى القانون الذى اختاره واعتمده الطرفان صراحة أو ضمنا ليكون اساسا لاتفاقهم أو تكميلا له و بتعبير آخر لا تطبق النصوص التكميلية فى قانون اى حكومة على الاعمال الحاصلة داخل اقليمها متى أظهر الطرفان ارادتهما فى اختيار نصوص قانون آخر . وهذه هى نظرية حكم الارادة فى العقود ونحوها (بند ٢٢٨ و ٢٥١) وهى مقيدة حتما بالقواعد اللازمة — الآمرة أو الناهية — التى لا يمكن للخصوم ان يخالفوها فى البلد الذى هى سارية فيه ؛ فاذا لم يكن قصد المتعاقدين صريحا فيصح ان تدل عليه الظروف أو طبيعة العقد أو محتوياته . واذا كان جميع الخصوم من جنسية اجنبية واحدة فيصح ذلك سببا لتطبيق قانون جنسيتهم الخاص باعتباره هو الذى اختاروه مكملا لاتفاقهم ومفسرا له . وقد يكون موطن الخصوم أو محل تنفيذ العقد مبيناً لارادة الطرفين فاذا لم يتبين قصد خاص لا صراحة ولا ضمنا فالعبرة بقانون البلد الذى حصل فيه العقد أو نحوه . وقواعد التفسير والتكميل ليست من مسائل الاحوال الشخصية ولا هى من مسائل الاحوال العينية . وهى مقصورة على تحديد التزامات معينة من جانب الطرفين لا لمساسها بأحوالهم الشخصية ولا لمساسها بطبيعة الاموال التى هى موضوع الاتفاق أو التعامل ولكن بسبب التعامل نفسه . أما من حيث الاثر فهى ملحقة بالاحوال العينية لانها تطبق فى كل الاحوال التى لا تظهر فيها النية لا صراحة ولا ضمنا

شكل الاعمال الاختيارية

٢٥٩ — المبدأ السادس : شكل العقد او العمل يخضع لقانون الجهة التى حصل فيها ؛ أو بتعبير آخر مختلف نوعا ما : يعتبر العمل صحيحا من حيث الشكل ولذلك يجب ان يعتبر صحيحا فى كل البلاد اذا تم طبقاً للشكل المقرر فى البلد الذى حصل فيه

لذلك يجب ان يعتبر صحيحا فى كل جهة :

أولا — العقود ونحوها الحاصلة بين رعايا حكومة ما ، فى بلاد تلك الحكومة وطبقا لشكل قوانينها

ثانيا — العقود ونحوها الحاصلة من رعايا حكومة معينة خارج اقليم تلك الحكومة وطبقا لقانون الجهة التى يتم فيها العقد أو نحوه

ثالثا — العقود ونحوها الحاصلة من الاجانب فى اقليم حكومة معينة طبقاً لقانون ذلك الاقليم وهذه هى القاعدة المعروفة Locus regit actum (بند ٢٥٠) وتطبق على العقود العرفية والرسمية على السواء وتسرى على الاجراءات الشكلية اللازمة لصحة العمل القانونى بالنسبة لوجوده ad solemnitatem واللازمة لصحته بالنسبة للاثبات ad probationem وتسرى على الهبة والوصية بالنسبة للمنقولات وعلى القبول والقسمة ولكنها لا تسرى على الاجراءات المطلوبة لتتميم الاهلية formalités habilitantes التى بمقتضاها يصبح القاصر أهلا لاتمام العمل القانونى مثال ذلك تصريح الزوج أو مجلس العائلة conseil de famille (أو المجلس الحسبى) أو تصديق المحكمة homologation ونحو ذلك فان هذه الاجراءات ليست متعلقة بالشكل (قارن بند ٣٧٦) بل بشروط الاهلية ولذلك تبقى خاضعة لقانون موطن الشخص أو جنسيته

وأما من حيث قوة القاعدة ولزومها فان فارى سومبير يجعلها لازمة بالنسبة للاعمال التى يقوم بها الاجانب داخل اقليم أى دولة فيجب ان تخضع للقانون الاقليمى من حيث الشكل حتى تكون صحيحة فى نظر محاكم الدولة . ولكنها تكون اختيارية بالنسبة لرعايا الدولة فى تعاملهم فى الخارج

رأى الاستاذ فى نظريته

٢٦٠ — تقدير النظرية عند واضعها : يقول الاستاذ عن نظريته هذه انها نظرية محكمة لم تفرط فى شيء . فاذا اصطدم استثناء من القواعد الاربعة الاخيرة بصعوبة لا تحل فان الملجأ الاخير يكون لاحدى القاعدتين الاوليين و بذلك يحل

كل خلاف أو تنازع يتصور حصوله بين القوانين[1]

نظرية بييه

٢٦١ — نظرية الاستاذ بييه المدرس بجامعة باريس : ابتدأ الاستاذ يكتب عن القانون الدولى الخاص فى مجلة كلونيه من سنة ١٨٩٤ الى سنة ١٨٩٦[1] ثم وضع فى سنة ١٩٠٣ كتابه المعروف فى مبادئ القانون الدولى الخاص (ص ٧ هنا) وكان نظريا متعمقا متكلفا فى جميع ما كتب[2] وله ملاحظات بديعة فى بعض المواضيع وافكار غريبة فى البعض الاخر وقد رأينا فى بند ٦ هنا رأيه فيما يتعلق بموضوع القانون الدولى الخاص وقد وضع المبدأ الآتى لحل مسائل تنازع القوانين وهو : اذا اقتضت الحال تفضيل قانون على آخر فيجب تطبيق قانون الدولة التى يكون لها أعظم مصلحة فى تطبيق قانونها . ويسمى هذا المبدأ « قانون أكبر قسط من الاحترام لسيادة الحكومات فيما بينها » La loi du maximum de respect des souverainetés entre elles ويمكن تلخيص نظريته فى حل التنازع بين القوانين فى قاعدتين : —

الأولى : تعتبر اقليميةً القوانين التى لا يمكن تحقيق الغرض منها اذا لم تطبق فى كل بلد على الاجانب والاهالى على السواء ومثالها القوانين المتعلقة بالعقارات وبالامن العام ونحو ذلك . فاذا لم تطبق هذه القوانين فى فرنسا مثلا ، وقد وضعت لها خاصة ، فانها لا تثمر الثمرة المرجوة منها

الثانية : تعتبر القوانين سارية خارج الاقليم الذى وضعت له اذا كان الغرض منها أنها تتبع الشخص الذى وضعت له ، فى أى جهة يكون ؛ ومثالها القوانين الموضوعة لنظام العائلة

---

[٢٦٠] (١) ڤارى سوميير ص ٧٧

[٢٦١] (١) كلونيه ١٨٩٤ مجلد نمرة ٢١ ص ٤١٧ و ٧١١ وسنة ١٨٩٥ مجلد نمرة ٢٢ ص ٢٤١ و ٥٠٠ و ٩٢٩ وسنة ١٨٩٦ مجلد نمرة ٢٣ ص ٥ ،،

(٢) الا انه قد ظهر له فى هذه الايام كتاب عملى بعنوان Traité pratique de Droit international privé ولكنه لم يصل لمصر وقت كتابة هذه الاسطر ، واشترك فى كتاب آخر مع الاستاذ نيبوايه من جامعة ستراسبورج وهو تحت الطبع

وله قاعدة أخرى لحفظ الحقوق التى يدعى باكتسابها فى بلد آخر [٣]

ويقرر پييه أن لا علاقة لنظريته بنظرية شخصية القوانين التى قال بها مانشينى (بند ٢٤٥) ولا بنظرية اقليمية القوانين التى وضعها ڤارى سوميير (بند ٢٥٣) وانها تنبذ كلا من النظريتين المذكورتين . ويقول بالعكس انها فى نظره قريبة من آراء ساڤينى وقريبة كذلك من نظرية الاحوال [٤]

نظرية ڤاليرى

٢٦٢ — نظرية الاستاذ ڤاليرى : ظهرت هذه فى كتابه الحديث الذى وضعه فى سنة ١٩١٤

ويرى الأستاذ ڤاليرى فيما كتب الى تبيان ما هى القواعد التى يجب أن تحل بها ، طبقاً للقانون الفرنسى ، مسائل تنازع القوانين فهو من الكتاب العمليين الذين يتوخون تقرير حقيقة القانون فى بلد معين (بند ٣٦ هنا)

يرى الاستاذ أنه توجد قاعدتان أساسيتان عامتان بهما تحل جميع مسائل التنازع بين القوانين

القاعدة الاولى

القاعدة الاولى : يجب أن تخضع كل صلة rapport من صلات القانون الدولى الخاص ، من كل وجهة من الوجهات التى يمكن ان ينظر اليها منها ، الى حكم القانون الذى يكون أكثر تناسبا مع طبيعتها qui convient le mieux à sa nature قارن ساڤينى بند ٢٤٢ ؛ هنا وتتمم هذه القاعدة الاولى بثلاث نتائج corollaires :

النتائج الثلاث

الاولى : ان أى صلة من صلات القانون الدولى الخاص تخضع للقانون الذى اختاره جميع ذوى الشأن فى الصلة المذكورة متى أظهروا ارادتهم بهذا الخصوص اما صراحة واما ضمناً — وهذا حكم ارادة المتعاقدين السابق شرحه فى بند ٢٥١ و٢٥٨

---

(٣) راجع المبادئ التى وضعها دايسى فى بند ٢٦٤ هنا وقد أخذ عنها پييه قاعدته هذه .

(٤) پييه ، مبادىء القانون الدولى الخاص ص٢٨١ راجع نقد افكار پييه فيما يلى فى بند ٢٧٦

الثانية : يجب أن يحترم فى فرنسا كل حق من الحقوق التى اكتسبت بشكل أصولى فى أى بلد أجنبى(٣)

الثالثة : شكل الاعمال القانونية يخضع للقانون الذى يُلتجأ اليه ليجعلها نافذة La loi appelée à les rendre efficaces — قارن القانون المدنى الالمانى ، بند ٢٦٨ هنا وراجع بند ٢٥٠

هذا وان تطبيق القاعدة الاولى ونتائجها قد يتقيد وفى بعض الاحوال قد يمنع بالكلية كلما قضت الظروف بتطبيق القاعدة الثانية وهى الآتية : —

القاعدة الثانية النظام العام

القاعدة الثانيـة : تطبق القوانين الفرنسية التى يكون الغرض منها حماية الحكومة أو الهيئة الاجتماعية ، تطبيقاً مطلقاً فى فرنسا ، ومهما كانت طبيعة الصلات الموجبة لتطبيقها . وهذه هى فكرة النظام العام الدولى السابق الكلام عليها فى بند ٢٤٩(٤)

نظرية دايسى

٢٦٣ — مبادئ دايسى : وضع هذا الاستاذ ستة مبادئ عامة منها اثنان للاختصاص ولاختيـار القانون ، واثنان للاختصاص وحده ، واثنان لاختيـار القانون وحده

٢٦٤ — فالمبدآن الآتيـان يشملان الكلام على قواعد الاختصاص واختيار القانون بشكل عام وهما : —

المبدأ الاول

المبدأ العام الأول : كل حق اكتسب بشكل أصولى تحت سلطان قانون بلد متمدين ، يعترف به وعلى العموم ينفذ بواسطة المحاكم الانجليزية ؛ ولا ينفذ أمام هذه المحاكم أى حق لم يكتسب بطريقة أصوليـة وعلى العموم لا يعترف به (دايسى ص ٢٣)

---

(٣) راجع المبادئ التى وضعها دايسى فى بند ٢٦٤ هنا وقد أخذ منها ڤاليرى نتيجته هذه .

(٤) ڤاليرى ص ٤٩٧ — ٥٨٣

وقد أخذ بهذا المبدأ كل من بييه وفاليرى (بند ٢٦١ و ٢٦٢) ولم يكن لنظرية الحقوق المكتسبة شأن يذكر بصفتها نظرية عامة قبل أن يدونها دايسى بهذا الشكل ويفرع عنها (قارن بند ٢٤٠)

الثانى المبدأ العام الثانى : لا تنفذ المحاكم الانجليزية حقاً من الحقوق ولو اكتسب بصفة أصولية تحت سلطان قانون أجنبى فى الاحوال الآتية : —

أولا — اذا كان تنفيذ ذلك الحق يتنافر مع قاعدة مقررة فى القوانين الصادرة من البرلمان الامبراطورى اذا كان مقصوداً بها أن يكون لها أثر خارج الاقليم البريطانى

ثانياً — اذا كان تنفيذ ذلك الحق يتنافر مع السياسة التى يتوخاها القانون الانجليزى (أى مع روحه) أو مع قواعد الآداب العامة التى ينشدها القانون الانجليزى أو مع المحافظة على النظامات السياسية الانجليزية

ثالثاً — اذا كان تنفيذ ذلك الحق يترتب عليه التعرض لسيادة حكومة أجنبية داخل البلاد التى لها عليها حق السيادة (دايسى ص ٣٤)

ولا يخفى أن الاستثناءات الثلاثة المتقدمة تقابل فكرة «النظام العام الدولى» السابق الكلام عليها فى بند ٢٤٩

٢٦٥ — والمبدءان الآتيان يتضمنان القواعد التى وضعها دايسى للاختصاص:

الثالث المبدأ العام الثالث : لحاكم كل بلد من البلاد ، وهو يقضى بواسطة القضاة الموكول اليهم الحكم فى بلاده ، اختصاص أو ولاية فى الحكم jurisdiction فى كل موضوع يمكنه أن يصدر بخصوصه حكما يكون نافذ المفعول Effective judgment ؛ وليس له ولاية فى الحكم على أى موضوع لا يستطيع أن يصدر فيه حكما نافذ المفعول (دايسى ص ٤٠)

قاعدة فرعية : اذا كان من المستحيل بالنسبة لأية محكمة من المحاكم أن تصدر حكما يكون نافذ المفعول نفاذاً تاماً A completely effective judgment ولكن

كان لمحاكم متعددة أن تصدر أحكاماً تتفاوت فى مقدار نفاذ مفعولها فان الولاية تكون لمحاكم البلاد التى تستطيع أن تنفذ مفعول حكمها بشكل أوفى من غيرها (دايسى ص ٤٣)

الرابع — المبدأ العام الرابع : لحاكم أى بلد من البلاد ، وهو يقضى بواسطة القضاة الموكول اليهم الحكم فى بلادد ، اختصاص أو ولاية فى الحكم على أى شخص يخضع لحكمه طوعاً واختياراً وبتعبير آخر ان محاكم كل دولة تصبح مختصة بالحكم على أى شخص يقبل الرضوخ لحكمها بارادته واختياره (دايسى ص ٤٤)

٢٦٦ — واخيراً يتضمن المبدآن الآتيان بيان قواعد اختيار القانون :

الخامس — المبدأ العام الخامس : لمعرفة طبيعة أى حق اكتسب تحت سلطان قانون بلد متمدين يجب الرجوع الى القانون الذى اكتسب الحق تحت سلطانه (دايسى ص ٥٩)

السادس — المبدأ العام السادس : كلما توقف الاثر القانونى لعمل من الاعمال على ارادة الشخص أو الاشخاص الذين كانوا طرفا فيه ، بالنظر الى القانون الذى يجب ان يحكم هذا العمل ، فيكون أثر ذلك العمل محكوما بالقانون الذى قصده الشخص أو الاشخاص المذكورون (دايسى ص ٦٠)

* * *

قبل ان نترك موضوع التطورات التاريخية فى القانون الدولى الخاص يجدر بنا ان نذكر خلاصة القواعد التى وردت فى بعض القوانين الاوروپية الحديثة بخصوص القانون الدولى الخاص وهما القانون الايطالى والقانون الالمانى (١)

---

[٢٦٦] (١) لمعرفة القواعد المتبعة بخصوص القانون الدولى الخاص فى أغلب بلاد العالم بلدا بلدا يمكن الرجوع لكتاب ڤولان وبيك فى حالة الاجانب والقوانين الاجنبية Manuel pratique de la condition des étrangers et de législation étrangère par Voland et Beck, Paris 1914

القانون الايطالى

٢٦٧ — قواعد القانون الدولى الخاص فى القانون المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٨٦٥ :

اتخذ هذا القانون قاعدة الجنسية اساسا له ونبذ نظرية « الاحوال »

فقرر فى المادة السادسة منه ان حالة الاشخاص وأهليتهم وعلائقهم العائلية محكومة بقانون الدولة التابعين اليها

ونصت المادة ٧ على ان الاموال المنقولة تخضع لقانون جنسية المالك الا اذا خالف قانون البلد الذى توجد فيه ، والاموال العقارية تخضع لقانون البلد الذى هى واقعة فيه

ونصت المادة ٨ على ان الحكم فى المواريث والوصايا من حيث ترتيب الميراث والنصيب وصحة الوصية من حيث الشروط الداخلية يكون بمقتضى قانون جنسية المتوفى أو الموصى مهما كانت طبيعة الاموال والبلد الذى توجد فيه

ونصت المادة ٩ على ان الاجراءات الشكلية فى الاعمال الحاصلة بين الاحياء والتصرفات المعلقة على الوفاة تخضع لقانون البلد الذى عملت فيه ومع ذلك يصح للمتصرفين أو المتعاقدين ان يراعوا قانون جنسيتهم بشرط ان يكون قانون الجميع وفى الهبة والوصية تكون الشروط الجوهرية والآثار خاضعة لقانون الجهة التى حصلت فيها ، ولقانون جنسية أولى الشأن اذا كانوا أجانب من جنسية واحدة ما لم يقم الدليل على ان ارادتهم كانت على غير ذلك

وتنص المادة ١٠ على ان قواعد الاختصاص والمرافعات المتبعة أمام المحكمة التى ترفع امامها الدعوى هى وحدها التى يعمل بها . وطرق الاثبات فى الالتزامات هى الطرق التى يقررها قانون البلد الذى حصل فيه التعامل . والاحكام الصادرة من سلطات اجنبية فى المواد المدنية تنفذ فى ايطاليا متى صدر الامر بتنفيذها بالطرق المبينة فى قانون المرافعات المدنية الا اذا نص على غير ذلك فى المعاهدات

الدولية . وطرق تنفيذ السندات والاحكام هى الطرق المقررة فى قانون البلد الذى يحصل فيه تنفيذها

وتنص المادة ١١ على ان القوانين الجنائية وقوانين البوليس والامن العام تسرى على كل من يوجد فى الاقليم الايطالى

وتنص المادة ١٢ على انه استثناءً مما تقدم لا يصح لاى حكم أو سند صادر فى بلد أجنبى ولا لاى تصرف أو اتفاق بين الافراد ان يخالف فى أى حالة من الاحوال نصا من النصوص الناهية lois prohibitives الواردة فى القانون الايطالى فيما يتعلق بالاشخاص أو الاموال أو الاعمال ولا نصا من نصوص القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب الحسنة

وتنص المواد ١٠٠ الى ١٠٣ على قواعد زواج الايطاليين فى الخارج وزواج الاجانب فى ايطاليا

٢٦٨ — قواعد القانون الدولى الخاص فى قانون مقدمة القانون المدنى الالمانى الصادر فى سنة ١٨٩٦ : القانون الالمانى

اتخذ هذا القانون فى مادته السابعة مبدأ الجنسية للاحوال الشخصية (١) دون غيرها وتخضع فيه العقارات لقانون موقعها مهما كانت جنسية المالك . والمنقولات يحكمها قانون موطن المالك . واذا كان له أكثر من موطن أو كان موطنه محلا للشك فالعبرة بقانون موقعها . وقد جعل شكل العقد أو العمل خاضعا فيه للقانون

---

[٢٦٨] (١) ومع ذلك اذا كان الاجنبى قاصرا أو كانت أهليته محدودة بمقتضى قانونه الشخصى واقترف عملا من الاعمال القانونية فى المانيا فانه يعتبر فيها بالغا بمقتضى المادة السابعة اذا كان القانون الالمانى يعتبره بالغا . وهذه القاعدة مقصود بها حماية سكان المانيا ضد نصوص القوانين الاجنبية التى يكون فيها سن البلوغ متأخراً حتى لاينتفع الاجنبى من نص قانونه الخاص ويبطل تصرفات تعتبر صحيحة اذا صدرت من المانيين . ولكن هذا الاستثناء لايسرى فى المسائل العائلية ولا فى المواريث ولا فى حالة التصرف فى عقار واقع خارج المانيا وقد ورد هذا الحكم نفسه فى قانون سويسره فى المادة ٦١ من الفصل الاخير من القانون المدنى الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٠٧ — راجع هنا بند ٣٦١ بخصوص فرنسا ومصر

الذى يحكم نفس العقد أو العمل من حيث الجوهر ومع ذلك فاذا كان صحيحا من حيث الشكل طبقا لقانون البلد الذى عمل فيه فيكفى ذلك لجعله صحيحا بصفة مطلقة اللهم الا فيما يتعلق بالاعمال القانونية التى تتضمن انشاء حق على شيء أو حق على ذلك الحق . هذا وتنص المادة ٢٧ على انه كلما أمكن الرجوع الى القانون الالمانى بمقتضى تصريح من القانون الاجنبى الواجب التطبيق ، فيجب الحكم بمقتضى القانون الالمانى وهذه هى نظرية « الاحالة أو الرجوع » قررها المشرع الالمانى كلما كانت نتيجتها تطبيق القانون الالمانى بدلا من القانون الاجنبى المقرر العمل به فى المسائل التى بينتها المادة ٢٧ المذكورة [٢]

وأخيراً نصت المادة ٣٠ على منع تطبيق القوانين الاجنبية فى الاحوال المقرر تطبيقها فيها متى كان ذلك يخالف الآداب الحسنة أو يخالف الغرض الذى يتوخاه أى قانون المانى [٣]

الفصل الثانى

نقد النظريات المهمة

المقترحة لحل مسائل القانون الدولى الخاص

« النقد يسير والانشاء عسير » ✻

نظرة عامة فى الاساس

٢٦٩ — مهما يكن الاساس الذى بنيت عليه قواعد القانون الدولى الخاص — وسواء كان هذا الاساس هو النص الرومانى المشهور «جميع الشعوب الذين..» الذى قال به الشارحون اللاحقون (بند ٢٢٤) أو كان المجاملات الدولية بحسب

(٢) راجع فى نظرية الاحالة بند ٢٨٥ ،، وخصوصا بند ٢٩٦

(٣) راجع شرح النظام الالمانى فى فايس ٣ ص ٢٣٩ — ٢٥٠

✻ أو النقد سهل ولكن الفن عسير La critique est aisée et l'art est difficile

رأى علماء هولاندا فى القرن السابع عشر (بند ٢٣٠) وسواء كانت شخصية بعض القوانين مقررة لصالح العدالة كما جاء فى مذهب علماء فرنسا فى القرن الثامن عشر (بند ٢٣٦) أو كان أساس القانون الدولى الخاص هو المصلحة الدولية المشتركة أو اتحاد مصالح الدول المختلفة فى الوصول الى قضاء عادل كما يرى ساڤينى (بند ١٨) أو كان الاساس الصحيح هو استحالة القضاء بالعدل اذا لم تحترم وتنفذ الحقوق خارج الاقليم الذى اكتسبت فيه كما يرى دايسى (بند ١٨) — فان البحث فى هذه المواضيع كافة لا يخرج عن الميدان النظرى البحت أو ميدان الفلسفة . ولقد سادت كل نظرية من النظريات المذكورة فى وقت من الاوقات وانتهت الحال الآن بأن أدرك العصر الحاضر أن الاساس الحقيقى الذى شيد عليه القانون الدولى الخاص فى العالم هو فكرة الحق ومبدأ العدل المتجسمان فى احترام الحقوق التى اكتسبت بصفة أصولية وتنفيذها

ولقد أصبح مقرراً فى جميع قوانين العالم المتمدين — ومنه القطر المصرى — انه لا بد من احترام القوانين الاجنبية والحكم بها ولا بد من احترام الحقوق المكتسبة وتنفيذها خارج البلاد التى صدرت فيها أو نشأت فيها

النقد شامل لكل النظريات

٢٧٠ — أما المذاهب والنظريات والطرق التى سادت فى مادة القانون الدولى الخاص فلم ينج منها مذهب أو نظرية أو طريقة من التفنيد أو النقد العادل أو الجائر ، ولم يعتبر أحد منها انه واف بالمراد منه بشكل تام . بيد أنه يجب مع ذلك ألا يظن أن المذاهب والنظريات والطرق المذكورة تؤدى جميعها دائما الى اختلاف فى الحكم من حيث القانون الواجب تطبيقه على قضية معينة . ان الأمر فى الغالب بعكس هذا الظن فانه من الثابت ان أغلب النظريات يتفق بعضها مع البعض الآخر فى الحكم فى القضية الواحدة وان اختلفت الطرق أو الاسباب أو الحكمة التى أوصلتنا الى الحكم

الاختلاف هو فى الوسائل لا فى الغايات

لقد بين فارى سومير[1] فى كتابه الجليل[2] ان النظرية الايطالية الحديثة المبنية على شخصية القوانين القائمة على الجنسية (بند ٢٤٥) قد أخذت كل قواعدها تقريباً عن نظرية «الاحوال» الا فيما يتعلق بحق ارث الاجانب للعقارات وقد قلبت الاستثناء المقرر فى نظرية الاحوال فجعلته القاعدة، وأخذت القاعدة فى نظرية الاحوال فجعلتها الاستثناء

وجوه اختلاف حلول ساڤينى عن غيرها

حتى الاحكام التى وصل اليها ساڤينى ومن اتبعه من العلماء الحديثين فانها تطابق الاحكام المقررة فى نظرية الاحوال على وجه العموم الا فى المسائل الاربع الآتية :

اولا : استبدل متبعوه الفرنسيون (بند ٢٤١) مبدأ الموطن بمبدأ الجنسية

ثانياً : لم تميز نظرية ساڤينى بين المنقولات والعقارات من حيث الحقوق التى تترتب عليها بينما نظرية الاحوال تقول بهذا التمييز (بند ٢٤٤ مع بند ٢٥٧)

ثالثا : يوجد فرق بينهما فى مادة العقود من حيث القانون الذى يجب العمل به فى حالة عدم اتفاق الطرفين على قانون معين يتبع بالنسبة للعقد، ومن حيث تحديد اختيار الطرفين أو حريتهم فى ذلك الاختيار (بند ٢٤٤ مع بند ٢٥٨)

رابعاً : فى المواريث لا يفرق ساڤينى بين المنقولات والعقارات فيجعلها كلها خاضعة لقانون موطن المتوفى ويجعلها متبعوه خاضعة لقانون الجنسية بينما تقصر نظرية «الاحوال» هذا الحكم على المنقولات دون العقارات، وتجعل هذه خاضعة دائما لقانون موقعها (بند ٢٤٤ مع بند ٢٥٧)

تناقض العلماء فى النظر فى أمر واقع

٢٧١ — ومما يلاحظ هنا مع الغرابة وعلى سبيل الفكاهة انه بينما يقول پييه مثلا عن نظريته (بند ٢٦١) انها لا تشترك فى شيء مع نظرية مانشينى فى

---

[٢٧٠] (١) راجع نظريته الحديثة فى بند ٢٥٣ «» هنا

(٢) المشار اليه فى بند ٢٥٢ هنا، ص ١٢٥ من كتابه

شخصية القوانين يقول ڤايس تحبيذاً لنظرية پييه « انها بما تفرع عنها من النتائج تقرب كثيراً من نظرية شخصية القوانين التى يتجه اليها استحساننا » ! فأى الاستاذين أحق بالتصديق ؟ ألمؤلف أم المحبذ ؟ ويقول ڤارى سوميير بأن نظرية پييه تأخذ بجميع الحلول التى قالت بها نظرية الاحوال الا فى نقطة واحدة (بند ٢٧٦) بينما يتبرأ پييه نفسه من اشتراك نظريته مع نظرية الاحوال فى شىء ما (بند ٢٦١) ! ان فى ذلك لحجة بالغة على أن الاختلافات الشديدة ليست فى الاحكام التى يجب أن تسود فى حل القضايا ولكنها فى المبادئ والطرق الموصلة الى تلك الاحكام ، وفى التعبير والتدليل

ميدان النقد ٢٧٢ — والآن ننزل الى ميدان النقد لنرى ماذا قال كل من علماء القانون الدولى الخاص فى نظريات غيره وأفكاره[1] وهذا الموضوع شهى فكيه جزيل الفائدة ، لأن النقد المتبادل — بينما يبين نقط الضعف فى كل نظرية وما هو غير مقبول فيها من الافكار والآراء وتحيز كثير من الكتاب أو المؤلفين ، أو انحرافهم عن الطريق السوى ، ومحاولة أغلبهم أن يأتى بجديد مهما كلفه ذلك من المشاق ، أو ينحدر الى ميدان النظر المجرد أو المطلق حتى يصوغ ما يريد صوغه فى عبارات مملوءة بالتكلف والشذوذ — هذا النقد المتبادل يكاد يهدم ما يظهر لأية نظرية من النظريات من القوة والمتانة بصفتها نظريات عامة وضعت لحل جميع مسائل القانون الدولى الخاص . ومع ذلك فلا بد من التلويح هنا بأمر يكاد لا ينازع فيه أحد وهذا الأمر هو ما ألقته النظريات الالمانية على ميدان القانون الدولى الخاص من نور أضاء السبيل فى وجه الباحثين عن « طريقة » حلّ المسائل الدولية الخاصة بصرف النظر عن صحة الحلول التى قال بها العلماء الالمانيون أو عدم صحتها —

فضل النظريات الالمانية

[٢٧٢] (١) وفى هذا الموضوع لابد من التنويه بالمثل الفرنسى السائر الذى صدرنا به هذا الفصل

وعلى الخصوص ما استفاده علماء القانون الدولى كافة من تطبيق القاعدتين الاولين من قواعد فختر والركون الى طريقة سافينى فى البحث والتحليل

وجوب اتباع المذهب العملى

ولقد بينا فى بند ٤١ أن المذهب العملى هو المذهب الوحيد الذى يجب أن يتبعه كل مؤلف يأخذ على عاتقه بيان قواعد القانون الدولى الخاص التى تسود بالفعل فى بلاده — كذلك قد بينا فى بند ٤٠ كيف ينتفع بالمذهب النظرى بجانب المذهب العملى ولذلك فان النقد الموجز الذى نورده للنظريات المختلفة هنا لا نقصد به غير ما قدمنا فى صدر هذا البند

نقد نظرية «الاحوال»

٢٧٣ — نقد نظرية « الاحوال » [١] قال عنها سافينى ما يأتى : اننا لا نستطيع أن ننبذها باعتبارها نظرية غير صحيحة أو خاطئة خطأ تاماً ، وذلك لأنها قابلة لكل انواع التفسير والتطبيق ويوجد بلاشك من هذه التفسيرات والتطبيقات ما هو صحيح من كل الوجوه ومع ذلك فهى نظرية لا تؤدى الى الغرض منها لأنها ناقصة وغامضة ولذلك هى لا تصلح أيضاً لأن تكون أساساً للقانون الدولى الخاص[٢] وقد جرت عادة الكتاب على نقد نظرية « الاحوال » من حيث أساسها عند علماء هولاندا وهو « المجاملات الدولية » [٣] لأن أساس القانون الدولى الخاص لا يمكن أن يكون كذلك . ونقدوها أيضاً من حيث جوهرها فان التمييز بين أحوال شخصية وأحوال عينية ليس مبنياً على تحقيق علمى ولا هو تمييز محكم فان تطبيقات النظرية مفككة غير محكمة : — ما هى الاحوال الشخصية ؟ وما هى الاحوال العينية ؟ وأين يمكن أن تدخل المسائل العديدة التى تختص بالاشخاص والاشياء على السواء ؟ وقد اختلف أصحاب نظرية « الاحوال » على تقسيم القوانين

---

[٢٧٣] (١) راجع فيها بند ٢٢٤ — ٢٢٩ وبند ٢٣٦ وبند ٢٥٣ — ٢٦٠

(٢) سافينى ، الترجمة الانجليزية ص ١٤٢ والفرنسية ص ١٢٣

(٣) راجع بند ١٨ وبند ٢٣٣ ولاحظ ان هذا الاساس لم يظهر الا مع النظريات الهولاندية

وعلى نطاق كل قسم وعلى تعريفه . وقال الناقدون إن النظرية فى آخر الأمر ليست قائمة على أى أساس قانونى(٤)

نقد نظرية مانشينى وڤايس

٢٧٤ – نقد النظرية الايطالية الحديثة (بند ٢٤٥) لم يطعن فى هذه النظرية أحد من العلماء طعن ڤارى سومبير عليها حيث قال « اننا سنشرع فى هدمها رأساً على عقب وسنهدم كذلك انقاضها مثبتين بكل دقة :

أولاً : ان مبدأها الاساسى خطأ فى ذاته

ثانياً : انه اذا كانت القاعدة فيها صحيحة فان الاستثناء الاساسى لها وهو « النظام الدولى العام » هو موضوع الخطأ

ثالثاً : انه اذا كان الاستثناء صحيحاً فانه يهدم القاعدة من أساسها(١)

ولقد كرس الاستاذ تسعة عشر صفحة من كتابه لهدم هذه النظرية والاستهزاء بها مع انها عزيزة على غيره من كبار الكتاب مثل الاستاذ ڤايس وكيل محكمة القضاء الدولى المستديمة فى لاهى الآن

الخلط بين الجنسية والقومية

والواقع ان اساس النظرية غير صحيح لانه مبنى على الخلط بين الجنسية والقومية أو الاصل race وذلك لان قوام النظرية هو الجنسية السياسية ومن الثابت انه لا يمكن القول بان جميع من تضمهم جنسية واحدة هم من مزاج واحد واخلاق واحدة وان قانون الجنسية هو خير ما يلائم الجميع . وفوق ذلك فالنظرية لا تتناسب مع حالة من تجنسوا حديثاً ولا حالة النساء الاجنبيات اللاتى يتزوجن من اصحاب الجنسية ولا مع حالة رعايا المستعمرات وغيرهم ممن ليسوا من الجنسية بحسب الاصل ومن لا يمكن ان يكونوا على حالة واحدة مع اصحاب الجنسية الاصلية ؛ وفى البلاد التى تجمعها جامعة سياسية واحدة كالامبراطورية البريطانية وجمهورية الولايات المتحدة الامريكية والتى تتكون من عدة اجزاء وكانت فى السابق مكونة من وحدات سياسية

---

(٤) راجع ڤايس ٣ ص ٥٤ ولكن هذا النقد جائز : راجع بند ٢٥٦

[٢٧٤] (١) ڤارى سومبير ١ ص ١١٠

مختلفة ولا تزال محكومة بقوانين مختلفة لكل جزء من اجزائها الاقليمية ، لا يمكن القول مطلقا بان خير ما يناسبها هو قانون وطنى واحد يسرى على جميع أهل الجنسية فتكون النظرية غير ممكنة التطبيق فى مثل هذه البلاد [٢]

وباعتبارها نظرية قانونية يقرر سافينى انها غير مرغوب فيها : اذا كانت النزعة الحديثة فى هذه الايام قد قضت بالعمل لنشر مبدأ الجنسية والانتصار له فان هذه النزعة لا يصح ان تجد لها محلا فى علم يرمى بطبيعته الى ادماج الامتيازات والاختلافات الوطنية ليخرج منها مجتمع واحد للامم المختلفة مشترك بينها ومقر عليه من كل منها [٣]

عجز النظرية عن التحديد

وباعتبارها طريقة للوصول الى حل مسائل القانون الدولى الخاص هى عاجزة عن بيان نطاق تطبيق القانون الشخصى . فان ذلك الاستثناء الذى تسميه هى وعدد كبير من الكتاب « النظام العام الدولى » قد تضمن من الحالات أضعاف ما تناولته القاعدة وهذه الحالات نفسها لا تدخل تحت حصر ولا هى قابلة للتحديد الدقيق . اذ ليس أكثر غموضا فى الوجود من فكرة « النظام العام الدولى » الذى يختلف من بلد الى بلد ومن شعب الى شعب ولقد أقر بذلك جميع المؤلفين الذين شحنوا اذهانهم ومؤلفاتهم بهذه الفكرة المضطربة ؛ ان النظام العام يتوقف على المثل الاعلى الذى تراه وتتوخاه كل دولة ، من حيث الدين والآداب والسياسة والاقتصاد السياسى ، وهو يختلف باختلاف الجهات والاوقات والافكار والمعتقدات [٤]

النظام العام الدولى

فكرة مرتبكة غير محدودة

لذلك نحن نرى عدم محاولة تعريف فكرة النظام العام الدولى التى يكاد يستعملها كل كاتب فى القانون الدولى الخاص والتى هى فكرة تدل فى بعض الظروف على معنى

---

(٢) راجع بيل ص ٧٢ ،، وما اورده فيها من آراء علماء الانجليز والامريكان فى هذا الموضوع وراجع فيما مر بند ١٣٨ — ١٤٠

(٣) سافينى ص ٤٤ و ٤٥ من الترجمة الانجليزية

(٤) ڤارى سوميير ١ ص ١٠٥

حقيقى وصحيح ولكنها فكرة غير ثابتة وخالية عن التحديد ؛ ولا احاول تحديد الفرق بين ما يسمى بالنظام العام الدولى أو كما يسميه بعضهم « النظام العام المطلق » ordre public absolu الذى يمنع من تطبيق القانون الاجنبى ، وبين ما يسمى « النظام العام الداخلى » ordre public interne أو « النظام العام » فقط ، الذى يمنع من احترام اتفاقات الافراد المخالفة له وهو الذى اشارت اليه المادة ٢٨ ل ت م أ حيث قالت « كل اتفاق خصوصى مخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العمومى والآداب باطل لا يعمل به » والمادة ٥٣٣/٦٥٤ حيث قالت « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنسب أو بالنظام العام » والمادة ٦٨ مرافعات مختلط حيث تقول بوجوب تبليغ القضايا المدنية المتعلقة بالنظام العام الى النيابة[٤]

كذلك لا نحاول أن نشرح الفرق بين الاقسام المختلفة التى يقول بها الاستاذ ڤاليرى مثلا حيث يقسم النظام العام الى أربع درجات وهى

١) القوانين المتعلقة بالنظام العام الشخصى أو الوطنى

٢) « « الاقليمى

٣) « « الشخصى والاقليمى معاً

٤) « « المطلق

ومع ذلك فقد رأينا أن فكرة « النظام العام الدولى » ترد دائماً فى أغلب النظريات غير أنه يوجد منها ما لا ترد فيه هذه الفكرة — مثال ذلك : —

١) نظرية الاحوال والسبب فى كونها لا تحتاج لان تكمل بفكرة النظام العام الدولى أن هذه النظرية فيها أكبر قسط من الاحترام للسيادة الاقليمية فلا تطبق القوانين الاجنبية الا فى أحوال محصورة

٢) نظرية ڤختر والسبب فيها كونها تعطى أكبر قسط من التطبيق لقانون

---

(٤) يلاحظ أن هذه التفرقة أساسية فى نظرية الجنسية الايطالية ، كما ذكرنا فى بند ٢٤٩ ، ومع ذلك فالتمييز يكاد يكون مستحيلا

المحكمة فلا تطبق القوانين الاجنبية الا فى الاحوال التى يكون من العدل تطبيقها فيها

مرمى فكرة النظام العام الدولى

والحقيقة أن فكرة « النظام العام الدولى » انما ترمى الى أحد مطلبين معينين

أولا : انها ترمى الى منع تطبيق القانون الاجنبي فى الحالة التى كان يجب فيها تطبيقه تحقيقاً للعدالة متى كان تطبيقه فى تلك الحالة يتنافر مع قانون القاضى أو مع اعتبار أساسى يحترمه القاضى ولا يستطيع مخالفته مثال ذلك الغاء كل اتفاق يتعلق بالحشيش فى مصر مع كونه قد يكون صحيحاً فى بلاد اليونان حيث عمل ، والغاء كل اتفاق يتعلق بتجارة العبيد فى مصر مع كونه قد يكون صحيحاً فى بلاد اليمن حيث كان التعاقد

ثانياً : انها ترمى الى القول بأن حق التشريع فى مسائل معينة يجب أن يكون للمشرع الاقليمى دون غيره ولذلك يجب تطبيق التشريع الذى وضعه ، دون أى تشريع آخر مثال ذلك فى المادة ٧/٢٢ مدنى فى مسائل الاوقاف حيث يجب اتباع اللوائح الاقليمية فى جعل منفعة العين الموقوفة على الاشخاص بالشروط المقررة فى تلك اللوائح أى دون الشروط التى تكون صحيحة بحسب القانون الشخصى للواقف؛ أو ترمى الى القول بأن الاختصاص فى مسائل معينة يجب أن يكون للمحاكم التى انشأها المشرع دون غيرها كالنص على اختصاص المحاكم المختلطة المصرية فى المسائل العينية العقارية بين الاجانب متحدى الجنسية[٥]

اختلاف نطاق الفكرة بحسب كل نظرية

ويجب ان نلاحظ اخيرا الاختلاف الكبير فى كمية المسائل التى تدخل تحت النظام العام الدولى فى النظريات التى تلتجئ الى هذه الفكرة اذ بينما نجد حدود هذا النظام ضيقة ومعقولة فى نظريات سافينى ودايسى وفاليرى اذا هى واسعة النطاق فى النظرية الايطالية الحديثة بحيث يكون من المستحيل ماديا تعرّف حدود ما يسمى بالنظام العام الدولى الا اذا كان ذلك مقصورا على نظرية معينة وحتى فى هذه الحالة

---

(٥) راجع فى نظرية ڤاليرى فكرة النظام العام الدولى بند ٢٦٤ هنا وفى نظرية سافينى بند ٢٤٣

يتعذر معرفة مقدار ما يدخل تحته من الامور وما لا يدخل

محاولة حصر الفكرة

هذا وقد أفلح الاستاذ دسپانييه فى تنوير هذا الموضوع من بعض الوجوه بحيث يصح ان يجعل كلامه عنه خاتمة البحث فيه

قسم دسپانييه قواعد النظام العام الدولى الى ثلاثة أقسام : —

الاول : القواعد المتعلقة بالآداب المعمول بها فى جميع بلاد العالم المتمدين ولها عند الامم التى تغذت بأفكار متشابهة قيمة مطلقة . ومثالها منع تعدد الزوجات ومنع الزواج بين الاقارب على عمود النسب و بين الاخوة والاخوات . ولذلك لا يمكن ان يسرى قانون أجنبى ينافى هذه الآداب ، فى أى بلد من البلاد المتمدينة فلا يصح لتركى مثلا ان يتزوج مرة ثانية فى أى بلد من البلاد المسيحية

الثانى : القواعد المعمول بها فى بعض البلاد فقط ولكن لها فيها قيمة مطلقة بحيث لا يصح التجاوز عنها لانها تعتبر المثل الاعلى الواجب فى مادة الاخلاق ومثالها تحريم الطلاق فى بلاد المسيحية العتيقة

الثالث : القواعد الاخرى التى لا تعتبر واجبة التطبيق فى جميع البلاد والتى قد تختلف من بلد الى آخر بحسب طبيعة الظروف وان كانت معتبرة لازمة فى بلد معين ومثالها الاتفاق على سعر الارباح وعدم تجاوزه الحد المعين فى قانون كل بلد فهذه مسألة قد يصح التجاوز فيها بالنسبة للاتفاقات الحاصلة فى الخارج أو بالنسبة للاتفاقات الحاصلة بين أشخاص غير خاضعين للقانون الذى يحرم زيادة السعر عن حد معين [٦] (راجع بند ٣٩٦ بخصوص سعر الفائدة فى ايطاليا)

نقد النظريات الالمانية

٢٧٥ — نقد النظريات الالمانية : قال فيها الاستاذ ڤايس : « لنشهد لها أولا انها قد خلصت القانون الدولى الخاص لدرجة كبيرة ، من الفوضى والتردد اللذين

---

(٦) دسپانييه بند ١٠٨ ص ٣٦٢ ،، — وفى موضوع « النظام العام الدولى » على العموم يمكن الرجوع الى الدراسات الخاصة التى قام بها بارتان فى كتابه المذكور فى ص ١٠ هنا وأرمانجون فى كتابه « طبيعة القانون الدولى الخ . . . » حيث كرس له فيه ٢٥ صفحة

احاطه بهما اصحاب نظرية « الاحوال » . اذ بالالتجاء الى قانون القاضى ، أو الى القانون الذى نشأت العلاقة القانونية تحت سلطانه ، أو الى طبيعة الصلة القانونية قد تمكن فختر وشفنر وسافينى من استبدال النظريات السابقة المبنية على مجرد التجربة العملية والخالية عن أى اساس علمى théories empiriques باساس جديد للحكم وان يكن غير خال عن العيوب الا انه مبنى على فكرة خالدة لا تتغير وهى المصلحة الدولية المشتركة فى تحقيق العدالة فلم يعد اساس القانون الدولى الخاص مجرد المجاملات الدولية وهو اساس غامض وتحكمى ، لم يعد اساسه مجرد اعتبارات مرماها المنفعة الخاصة ، بل أصبح اساس تطبيق القانون خارج البلاد التى من فيها ، فكرة القانون الذى يعلو على جميع الامم وتشترك فيه كافة وهذا تقدم عظيم مهد السبيل لكل ما أعقبه من اصلاح

« ولكن اذا كانت الفكرة الاساسية التى انبعثت منها النظريات الالمانية هى فكرة صائبة تماما فان النتائج التى وصلت اليهـا تلك النظريات ليست سارة ويجب ان تطرح لانه يظهر ان الذين قالوا بها قد كانوا تحت تأثير تقاليد حكم الاقطاعات وربما كانوا غير منتبهين بذلك فانهم قد اكبروا من أهمية العناصر المادية فى الصلات القانونية المقتضى بحثها فضاعفوا فى أهميـة الجهة التى ترفع فيها الدعوى (فختر) والجهة التى نشأت فيها العلاقة القانونية (شفنر) والطبيعة الداخلية للعلاقة القانونية (سافينى) وكثيراً ما توجد صعوبات عملية فى تطبيق نظرياتهم

« ان الزام القاضى بالحكم فى قضية ما ، طبقا لقانون بلاده ، كما هى النتيجة العملية لنظرية فختر ، معناه منع الاجنبى من الانتفاع بقانونه الاصلى والرجوع الى نظرية « اقليمية القوانين » بشكل مطلق مفعم بالاجحاف [1] وقد يحدث كثيراً ان يكون نقد فختر

---

[٢٧٥] (١) هذا النقد ليس صحيحاً بصفة مطلقة لان فختر أوجب البحث والنظر طبقاً لقاعدته الثانية فاذا لم يمكن القاضى الاهتداء الى القانون الواجب تطبيقه فانه يلتجىء فى آخر الامر الى قانونه الاقليمى — راجع بند ٢٣٩

الاختصاص بنظر القضية معترفاً به لمحكمتين أو اكثر على حسب اختيار المدعى فيكون الحكم فى كل حالة بحسب قانون أية محكمة من المحاكم المذكورة وينتهى الامر بأن يختار المدعى المحكمة التى يريد أن يصدر الحكم طبقاً لقانونها

نقد شفنر

وثانياً هل يمكن دائماً تعيين المحل الذى نشأت فيه العلاقة القانونية تعييناً صحيحاً كما يرى شفنر . ان كل علاقة قانونية لها حدَّان ويجب أن يكون لها طرفان فيكون لكل منهما مركز مختلف . أفيكون الركون الى الشئ الذى هو موضوع العلاقة أم يكون الى الشخص ؟ واذا كان الى الشخص فالى أى واحد من الاشخاص عند التعدد ؟ ان شفنر لا يبين ذلك(٢)

نقد سافينى

وأخيراً ليس من السهل دائماً تحديد الطبيعة الداخلية للعلاقة القانونية طبقاً للاساس الذى وضعه سافينى لنظريته لأن القوانين لا تتفق دائماً فى هذه النقطة من حيث كونها تجعل علاقة قانونية معينة داخلة فى صنف Catégorie معين دون أى صنف آخر . وتلقاء هذا التعدد يضطر الانسان الى البحث فى أى القوانين يكون من شأنه تحديد التكييف القانونى الذى توصف به العلاقة المذكورة . وهذا سؤال مبدئى قد يكون الجواب عليه فى بعض الاحوال دقيقاً جداً ويتوقف على الجواب عليه معرفة القانون الذى يختار ليطبق على النزاع نفسه(٣)

الخلط عند الناقد بين تحليل الطبيعة والتكييف القانونى

« ان سافينى لم يحل الاشكال بل اكتفى بأن صاغه فى شكل آخر وذلك

---

(٢) هذا أيضاً نقد لا يخلو من التغالى لان شفنر قد بين ذلك فى تطبيقاته — راجع بند ٢٤٠

(٣) هذه الملاحظة التى أبداها ڤايس غير صحيحة بالكلية . أولا لانه لم يقل أحد بأن التكييف (راجع بند ٥٤ وبند ٢٧٨ ..) واحد فى جميع القوانين ولم تغب هذه النقطة من سافينى ؛ ثانيا لانه لا يمكن أن يقال — كما يدعى ڤايس ، بأن معرفة القانون الذى يطبق على العلاقة القانونية تتوقف على معرفة القانون الذى يطبق على التكييف بل ان هذا يكاد يشبه الخلط . وهذه احدى الغلطات التى أثارتها نظرية « التكييف » فى ميدان القانون الدولى الخاص وسوف يتوضح هذا الموضوع فى دراسة النظرية فى موضعها الخاص فى بند ٢٧٨ ..

لان البحث ، فى طبائع الاشياء ، عن حل مسائل تنازع القوانين ، وان كان مبنياً على فكرة صحيحة ، الا أنه ليس من الدقة بحيث يمكن اعتبـاره مبدأ أو أساساً لقاعدة تحل بها هذه المسائل . والدليل على ذلك أن سافينى فى ابحاثه التى أجراها للوصول الى معرفة مركز العلائق القانونيـة المختلفة ، قد استعار أسباب أحكامه من مختلف الافكار فتارة يعتمد على « نية الطرفين » وتارة يعتمد على « محل وجود الشيء » وأخرى على هـذا الظرف أو ذاك فيجعل له ، من سبيل التحكم ، قيمة أو تأثيراً عظيما »(٥)

«انسافينى لم يضع قاعدة عامة تسمح بتعيين القانونالواجبالحكم به عندالتنازع ونظريته تؤدى الى التجزئة والشتات Sa doctrine aboutit à l'émiettement ولذلك يمكن القول بأن النظريات الالمانية وان بنيت على أفكار علمية أكثر مما بنيت عليـه نظرية « الاحوال » الا أنها ليست أكثر منها دقة ولا أماناً من الوجهة العملية وان عيبها المشترك كما قال بيتا انها وضعت قواعد عامة لا تنطبق انطباقاً صحيحاً الا فى احوال معينة ومن وجهات خاصة ولـكنها لم تضع القاعدة الاخيرة الصحيحة التى يبنى عليها القانون الدولى الخاص »(٥)

ولـكن لسوء الحظ أن ڤايس لم يجد هذه القاعدة الاخيرة الصحيحة الا فى النظرية الايطالية التى ابتكرها مانشينى (بند ٢٤٥) والتى رأينا نقدها فى بند ٢٧٤ ويصح أن نلاحظ هنا أن هذا العيب الاخير لا يمكن أن يلحق نظرية من النظريات الالمانية بقدر ما يلحق النظرية الايطالية التى لا يمكن حصر مستثنياتها

٢٧٦ — نقد نظرية پيپـه : يقول الناقد المعتدل عن هذه النظرية انها ترمى الى استقصاء الاسباب البعيدة Théorie téléologique وانها لا توصل فى الغالب الى أى حل لأنه من المؤكد أن يحصل الاختلاف كثيراً على معرفة طبيعة نقد نظرية پيپه

(٤) مقتطف من مقالة ليپيه فى مجلة كلونيه ١٨٩٤ ص ٤٢٢
(٥) ڤايس ٣ ص ٦٥ — ٦٦

« الغرض » but الذى من أجله وضع القانون أو معرفة الطرق الموصلة الى هذا الغرض (١)

ويقول ڤايس « ان المحور الوحيد الثابت الذى ترتكز عليه النظرية وهو « الغرض الاجتماعى » مع احترام الحقوق المكتسبة ، هو أمر يعتبر الوصول اليه والاتفاق عليه من الصعوبة بمكان اذ ليس اشد غموضا من معرفة الغرض الاجتماعى لاى قانون وليس ما يوجب حيرة القاضى أكثر من ان يطلب منه تطبيق هذه النظرية » (٢) ويقول ميلى « ان تعبيره لا ينفذ الى الفكر ويعجز عن ان يذلل المصاعب التى يلاقيها . ان پيبيه لم يصل الى حل المسائل التى يتكلم عنها لانه يقتصر على عرضها بشكل جديد » (٣)

النقد القارص

اما الناقد المتشدد مثل ڤارى سوميير فانه يقول عن نظرية پيبيه « ألم يكن فى مجرد بيانها تفنيد لها ؟ ألم ير كل مطلع ان هذا التركيب الفخم المصطنع قد هوى وتهدم ؟ الا ان الحقيقة فى القانون مثلها كمثل الجمال فى فن البناء وآيتها البساطة والوضوح والاسترواح وليس من هذه الاوصاف ما له نصيب فى نظرية المسيو پيبيه . . . ولنقنع بالتصدى لبعض اجزاء هذا البناء ، فلا يلبث ان ينهار من تلقاء نفسه . وفى تصدينا الجزئى لهذه النظرية سيكون سلاحنا الاساسى الدليل التهكمى (٤) إن أول مبدأ للمسيو پيبيه هو ان كل قانون هو بطبيعته اقليمى ومتجاوز الاقليم فى آن واحد Toute loi, par nature, est à la fois territoriale et extra-territoriale ويتمسك المؤلف بهذا المبدأ تمسكا شديداً يظهر منه انه يريد الانتفاع من وضعه على هذا الشكل ليجعل لنظريته رونقا جديدا غريبا لا يلبث ان يزول

---

[٢٧٦] (١) ڤاليرى بند ٣٦٤ ص ٤٧٥

(٢) ڤايس ٣ ص ٦٥

(٣) ميلى ص ٩٨ — كذلك انتقد كل من « بيل » ودسپانييه نظرية پيبيه نقدا معتدلا ولكنه هادم للنظرية — بيل ص ٨٥ ودسپانييه ص ٣٢٧ — ٣٢٩

(٤) l'argumentation par l'absurde

فيما بعد . انه غطاء كاذب اسدله على النظرية الايطالية » وقد انبرى الكاتب بعد ذلك للطعن على الافكار الجديدة والالفاظ الجديدة التى جاء بها پييه بشكل تهكمى شديد بحيث جعلها موضع السخرية ، وختم نقده بما يأتى : هل من حاجة بنا الى بيان ان نظرية المسيو پييه ، بعد ان طوحت بنا فى كل طريق حالك وفى كل منعطف ومنعرج زلق ، توصلنا الى النتائج العامة التى تقول بها نظرية « الاحوال » ولا تشذ عن نتائج هذه النظرية الا فى حالة واحدة هى حالة التوريث الشرعى وقد رأينا انها لا تتمشى مع مبادئه التى كان يصح ان تكون هذه الحالة هى نتيجتها العملية الوحيدة ! (٥)

تقدير مبادئ دايسى عند نفسه

٢٧٧ — مبادىء دايسى : يقول دايسى نفسه عن حقيقة مبادئه (بند ٢٦٣ ") انها ليست بديهيات يمكن ان تستنتج منها القواعد الواردة فى كتابه استنتاجا منطقيا . وهى ليست نظريات شاملة لجميع نطاق القانون الدولى الخاص ولها من الدقة والاتقان ما يجعلها تطبق باطمئنان وثقة لحل المسائل الجديدة التى تنشأ كل يوم بخصوص الاعتراف بالحقوق خارج الاقليم الذى تولدت فيه . واذا كان من الممكن التسليم بانه ، فى بعض المواد القانونية ، كالعقود Law of contract مثلا ، التى قد بحثت بحثاً تاماً ووضعت اصول التشريع فيها فى انجلترا بمقتضى الاحكام القضائية السائرة على وتيرة واحدة ردحا طويلا من الزمن ، يصح ان توضع قواعد رئيسية تشمل الموضوع برمته ، فان ذلك يكون مستحيلا اذا كان الامر متعلقا بجميع مواد القانون الدولى الخاص المعتبرة فى المحاكم الانجليزية . اذ قواعد هذا القانون حديثة العهد (فى انجلترا) وهى معرضة للتغير والتوسع وبينما يصح القول بان بعض القواعد المنفردة تعتبر ثابتة الاساس الآن ، فان كثيراً من النقط الاساسية

---

(٥) ڤارى سوميير ١ ص ١٥٤ — ١٨٣ ويلاحظ ان رد المؤلف هو على المقالات التى كان پييه قد كتبها قبل ان يضع كتابه المشهور فى مبادئ القانون الدولى الخاص ، والمقالات منشورة فى كلونيه سنة ١٨٩٤ ص ٤١٧ و ٧١١ وسنة ١٨٩٥ ص ٢٤١ و ٥٠٠

المبنى عليها النظام نفسه لم تصل بعد الى درجة ثابتة من التحديد ولا تزال موضع الخلاف . ولا بد من ملاحظة ان كثيرا من القواعد المقررة فى الكتب الدراسية وفى الاحكام نفسها قد يكون ارتكازها على اساس ضيق جداً من الاحكام الثابتة rest on a very narrow basis of precedent [١] وان ما تحكم به المحاكم فى بعض الاحوال قد لا يتفق تماما مع ماهو ظاهر تقريره فى احكام موثوق بوجوب احترامها

« ومع ذلك فان هذه المبادئ العمومية (التى اوردها دايسى) لها وصف ظاهر وقيمة ذاتية خاصة . اذ هى عموميات ضرورية أوحت بها احكام المحاكم بعد ان ووجهت بحيثيات الاحكام وبالنظريات العلمية التى قررها علماء القانون الدولى الخاص الذين يصح الاعتماد على رأيهم ونظرهم مثل ستورى وومستليك وسافينى . وهذه العموميات تبين الاساس الذى يمكن ان تبنى عليه من الوجهة المنطقية ، الاحكام التى صدرت من القضاء ونشرت فى المجموعات ؛ هى مبادئ ترمى المحاكم تدريجيا الى تقريرها وتحقيقها فانه لا يمر شهر واحد الا وتصدر فيه أحكام يظهر منها النفوذ المتزايد للنزعة السائدة فى جميع انحاء العالم المتمدين والقاضية بالاعتراف التام بآثار الحقوق التى اكتسبت تحت سلطان قانون اجنبى أو التى يجب النظر اليهـا من وجهة قانون أجنبى ولو من بعض الوجوه كذلك الحال بالنسبة لمبدأ نفاذ مفعول الاحكام test of effectiveness من حيث الاختصاص الدولى (المبدأ الثالث العام ، بند ٢٦٣) حتى الاحوال الشاذة التى يهمل فيها تطبيق المبدأ العام لا يمكن ان تدرك الا اذا حصل الاقرار بالمبدأ لان النطاق الحقيقى للاستثناء لا يفهم تماما بدون معرفة القاعدة التى يشذ عنها وهذه المبادىء العامة تكشف الستار أمام

---

[٢٧٧] (١) مثال ذلك ما قرره العلماء قبل الحكم النهائى فى قضية كازداغلى وما قرره نفس قضاة أول وثانى درجة فى الموضوع وما أظهر خطأه مجلس اللوردات فى حكمة المنشور فى بند ٩٨

الطالب عن منظر عام لجميع مواضيع القانون الدولى الخاص كما تحكم فيها المحاكم الانجليزية واذا كانت لا تعتبر وسيلة مباشرة لحل المسائل الجديدة فى القانون الدولى الخاص فانها تساعدنا على استقصاء كنه المسائل التى تحتاج الى الحل وهى تضع القارئ فى الموقف الصحيح الذى به يقدر معنى وآثار مجموعة القواعد التى ينتظم بها الاقرار بالحقوق خارج الاقليم الذى نشأت فيه (٢)

نقد پييه لدايسى باطل

ولا يخلو من الفائدة أن نلاحظ هنا نقد پييه لدايسى فى هذا الموضوع حيث يقول « اننا نأبى أن نسير مع دايسى حيث يريد أن يجعل هذه القاعدة — وهى احترام الحقوق المكتسبة — الاساس الوحيد للقانون الدولى الخاص : إن فكرة الاحترام الواجب للحقوق المكتسبة ، مع ما تتقيد به من القيود ، لا يمكن أن تكون أساساً لتبيان حالة الاجانب من الوجهة القانونية ولا هى بنافعة فى حل تنازع القوانين وان لها لمجالا خاصاً تطبق فيه ولكنه مجال واسع يستحق ان نمتدح من أجله المستر دايسى الذى استخلص هذه القاعدة وشرحها بالشكل الذى شرحها به »

وذكر هذا النقد يكفى للحكم بأن پييه لم يقرأ ما قاله دايسى نفسه عن مبادئه وقيمتها ومكانتها من العلم

---

(٢) دايسى ص ٦٤ — ٦٥

الفصل الثالث

تنازع القوانين بشأن

تكييف العلائق القانونية

الابحاث السطحية لا تنتج غير الارتباك

٢٧٨ — ان التغالى فى التدقيق والتفكير فى مسائل القانون الدولى الخاص من شأنه — فى الظاهر على الاقل — أن يزيد فى الصعوبات التى تكتنف هذه المادة ويفتح أبواباً جديدة للشك فى موضوع مملوء بالمصاعب ومحاط بالاختلافات فى كل نقطة تقريباً . وآفة العلم الباحثون بحثاً سطحياً وآفة الحقيقة من يشتغلون ببيانها ولا يتريثون ولا يثبتون عند ما يبتدئ نورها فى الظهور بل ينبهرون لأول قبس فيخطف النور أبصارهم فلا هم اهتدوا ولا هم تركوا غيرهم يسير فى سبيله

من ذلك أنه فى الوقت الذى ابتدأ بعض المتشرعين ومعهم بعض الحكومات يشعرون بضرورة توحيد قواعد القانون الدولى الخاص فى العالم المتمدين أو بالاقل ضرورة وضع مجموعة نصوص فى بعض مواضيع فيه (بند ٢٧ و ٢٨) ويعملون لذلك ، قام بعض رجال القانون يعلنون أن هذه المجهودات مقضى عليها بالفشل مقدماً . وعلى الخصوص هبّ المسيو بارتان الاستاذ بجامعة ليون اذ ذاك وبجامعة باريس الآن ، يقول باستحالة الوصول الى ازالة تنازع القوانين ازالة نهائية وجعل هذه الدعوى عنوانا لسلسلة مقالات كتبها فى جورنال كلونيه فى سنة ١٨٩٧ [1] وأطلق على أفكاره هذه اسم نظرية التكييف Théorie des qualifications ولم يسبقه فى البحث فى موضوع التكييف الا عالم ألمانى اسمه فرانتز كاهن Frantz

---

[٢٧٨] (١) كلونيه ١٨٩٧ ص ٢٢٥ و ٤٦٦ و ٧٢٠ وقد جمع هذه المقالات الثلاث فى كتابه المشار اليه فى ص ٧هنا وكتب فيه عن مسائل اخرى وقد رد الاستاذ دسبانييه عليها فى مقالة نشرها فى كلونيه ١٨٩٨ ص ٢٥٣

Kahn كتب فى الموضوع ذاته فى سنة ١٨٩١[٢] وقد عارض الاستاذ دسپانييه المقالات المذكورة بمقالة بديعة متينة نشرت فى كلونيه أيضاً[٣] رد فيها مزاعم بارتان و بين وجه الصواب فى كثير من المسائل

أما معنى التكييف فقد مر فى بند ٥٤ والمراد به على وجه العموم ، الاوصاف والتعاريف والتقسيمات القانونية المختلفة التى قد تنصب على الاشخاص و الاشياء والحقوق والنظامات Institutions القانونية على العموم والصلات أو العلائق Rapports القانونية على الخصوص[٤]

أراد بارتان ان يثبت انه لا فائدة من توحيد قواعد القانون الدولى الخاص لانها ، بفرض الوصول الى توحيدها ، لا ينتج عنها اتحاد فى الحلول فى جميع القوانين وذلك نظراً لاختلاف الاوصاف فى القوانين المختلفة فما يكون عملا تجاريا هنا يصح ان يكون عملا مدنيا فى جهة أخرى وما يكون متعلقاً بالشكل فى بلد يصح أن يكون متعلقاً بالاهلية أو عدم الاهلية فى بلد آخر وما يكون هبة هنا قد يكون وصية هناك وما يكون بيعاً فى جهة قد يكون اجارة أو هبة فى جهة أخرى وما يكون منقولا فى قانون قد يكون عقارا فى قانون آخر . وقد يختلف الحل فى قانون القاضى المطلوب منه الحكم ، بحسب الاختلاف فى تكييف الموضوع الذى أمامه . وهذه الملاحظات صحيحة من حيث وجود الاختلاف ومع ذلك فلابد من التنويه هنا بانه فى مادة القانون التجارى البرى والبحرى وفى القانون الجنائى وفى كثير من مواطن القانون المدنى يوجد تشابه كبير قد يصل الى حد التطابق فى كثير من الاحوال فى أغلب

---

(٢) ونشر مقالة فى مجلة المانية تسمى Iherings Yahrbücher مجلد ١٨ سنة ١٨٩١ ص ٥ ،، واشار اليه بارتان وقال انه لم يكن قد اطلع عليه وقت ان كتب مقالاته فى سنة ١٨٩٧

(٣) كلونيه ١٨٩٨ ص ٢٥٣ — ٢٧٣

(٤) لم يحدد تماما للان ما يجب ان يقتصر عليه التكييف ولذلك فقد توسع البعض فى فكرته حتى ادخلوا فيها كل شىء فضاع بذلك قدر النظرية واصبحت غير منتجة نتيجة ظاهرة بل اصبحت بذلك نظرية خطرة (بند ٢٨٤)

بلاد العالم المتمدين . وفى المواد الاخرى قد لا تختلف الاوصاف اختلافاً كبيراً[٥] بيد أنه بالرغم من هذه الحالة فهناك فروق لا محالة من بقائها نظراً لاختلاف القوانين فى العالم وهناك أيضاً اختلاف كبير فيما يتعلق بمعرفة القانون الذى يجب أن يحكم الاوصاف أو يحصل بمقتضاه التكييف . هل يكون بمقتضى قانون القاضى الذى ينظر فى القضية أم يجوز أن يكون بمقتضى أى قانون آخر وما هو ذلك القانون ؟ وقد ازدادت الشكوك وازداد الخلط فى الموضوع بما يبتكره بعض الكتاب من الافكار الغريبة التى قد تكون بعيدة عن الحقيقة وما يسيؤون به الى العلم من التطلع الى التعميم لوضع قواعد تكاد تكون حسابية أو جبرية فى مادة يجب أن يكون الحكم فيها مقتصراً على الصعوبات الموجودة دون أن يتعداها الى ما لا شك فيه

رأى أرمانجون ٢٧٩ — يرى الاستاذ أرمانجون أن التكييف بجميع أنواعه ومهما كان موضوعه[١] هو من أمر قانون القاضى وحده دون أى قانون آخر . ومادة التكييف فى نظره مادة خارجة عن نطاق القانون الدولى الخاص بمعنى أنها لا تخضع لحكم أى قانون أجنبى بل تخضع لقانون القاضى دون غيره ويجب أن تفصل عن قواعد القانون الدولى الخاص بل ان قواعد التكييف هى التى تحكم قواعد القانون الدولى الخاص بمعنى أن هذه القواعد تتوقف على التكييف الذى يجب أن يحصل قبل البحث فى قواعد القانون الدولى الخاص[٢] وحجته فى ذلك أن طبيعة الامور

---

(٥) وعلى التخصيص تكاد تقاسيم المسائل القانونية الى طوائف من أجل معرفة القانون الذى يناسب طبيعتها ، تكون واحدة فى كل القوانين والنظريات ، وهى تدور حول أحوال شخصية وأحوال عينية وارادة المتعاقدين وشكل التصرفات الاختيارية وهذه هى وحدها النقطة الجوهرية فى نظرنا (بند ٢٨٤)

[٢٧٩] (١) التعميم هنا خطر جدا لانه يدخل كل وصف قانونى للاشخاص أو الاشياء أو الحقوق أو الدعاوى أو العلائق القانونية ضمن قواعد التكييف وهذا ما جعل نظريته غير صحيحة لان نظرية التكييف يجب أن تقتصر على العلائق القانونية كما يتبين فى بند ٢٨٤

(٢) أرمانجون ، طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص الى آخره ص ٣١ — ٣٢ وص ٣٤ — ٤٢ والمقالة المشار اليها فى حاشية ٤ بعد

هى التى تملى الحل المذكور أولا لأنه يجب أن تكون التعاريف والاوصاف واحدة للأمر الواحد فى القانون الواحد . وثانياً لان الركون فى هذه المسائل الى أى قانون غير قانون القاضى يجعل هـذا ناقص السلطان ويهدم كيان قانون القاضى . وقد ضرب لنا مثلا القاعدة المقررة فى القانون الانجليزى وهى أن التوريث فى المنقولات يكون بحسب قانون موطن المالك وقت الوفاة (دايسى قاعدة ١٩٣ ص ٧١٦) فقال ان الحل يختلف بحسب المعنى الذى يعطى للفظ التوريث وللفظ المنقولات وللفظ الموطن وقال هل يعقل أن محكمة فرنسية تفسر هذه الالفاظ بغير ما نصت عليه المواد ١٠٢ و ١١٢ و ٥٢٧ و ٥٣٧ و ٧١٨ و ٩٣١ من القانون المدنى الفرنسى وما هى الاسباب التى يرتكن عليهـا فى تفضيل أى قانون آخر عليه فى هـذا الموضوع ؟[٣]

ويقول الاستاذ أرمانجون فى مقالة حديثة[٤] كيف يمكن معرفة القانون الذى يطبق على العلاقة القانونية إلا اذا عرفت أولا طبيعة هذه العلاقة ؟ يجب حتما أن يحصل التكييف قبل البحث عن القانون الذى سيحكم العلاقة La qualification doit nécessairement précéder le rattachment [٥]

٢٨٠ — ورأى الاستاذ بارتان واضع نظرية التكييف فى فرنسا وجوب التمييز بين أحوال مختلفة وهى (نظرية بارتان)

أولا : حالة كون قانون القاضى أحد القوانين التى تتنـازع تكييف العلاقة القانونية وقد قرر فى هذه الحالة وجوب اجراء التكييف بمقتضى قانون القاضى اللهم

---

(٣) أرمانجون ، طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص الى آخره ص ٣٧ — ولقد اخطأ هنا أرمانجون خطأ فاحشا بادخاله مسائل تفسير القانون ضمن مسائل تكييف العلاقات القانونية وأراد ان يثبت أمرا لاشك فيه عند أحد ولكن الخطأ الذى لا يغتفر هو ادخال هذا الامر ضمن نظرية التكييف ومحاولة حلها بالحكم عليها بسبب مواضيع ليست منها — راجع بند ٢٨٤

(٤) نشرت فى مجلة القانون الدولى ومقارنة الشرائع سنة ١٩٢٣ عدد ٢ و ٣ ص ٢٧٢ — ٢٩٠ وعلى الخصوص ص ٢٨٠

(٥) راجع الرد على ذلك فى بند ٢٨٤

الا فى حالة واحدة وهى حالة الاختلاف على « المال » هل هو منقول أو عقار فقرر أن يكون تكييفه طبقاً لقانون محل وجوده[1]

ثانياً : حالة كون القانونين المتنازعين أجنبيين وقد مال بارتان هنا الى اجراء التكييف بمقتضى قانون القاضى بشرط اتفاقه مع أحد القانونين الاجنبيين فى التكييف[2] وهنا تبدأ نظريته فى التدهور حيث يقول ان هذا الحل يجب العمل به حتى فى حالة كون التكييف بمقتضى قانون القاضى غير متفق مع التكييف الذى يقول به أحد القانونين الاجنبيين

ثالثاً : حالة كون المادة المختلف على تكييفها داخلة فى دائرة اتفاق المتعاقدين أى داخلة فى التعاقد فيرى بارتان أن يكون تكييفها طبقاً للقانون الذى اختاره الخصوم وذلك بناء على نظرية حكم ارادة المتعاقدين[3]

٢٨١ — ويرى العلامة المحقق ڤاليرى أن فى الامر مغالاة وأن جميع المصاعب التى تنشأ عن الاختلاف فى التكييف يجب أن تحل بتطبيق القواعد المقررة لحل النزاع فى المسائل الاخرى[1] رأى ڤاليرى

٢٨٢ — ورأى العلامة دسپانييه ، رداً على آراء بارتان فى مقالة نشرت فى كلونيه سنة ١٨٩٨ (ص ٢٥٣ ،،) ان أساس آراء بارتان مبنى على خطأ فى رأى دسپانييه

[٢٨٠] (١) بارتان ايضا يجعل مسألة التكييف عامة شاملة لكل شيء ولذلك يستثنى بعض المسائل مع انها خارجة عن ميدان التكييف بحكم الاصطلاح الذى يقصره على تكييف العلائق القانونية لتعطى الحكم الذى يلائمها وهو اما الحكم بقانون القاضى واما الحكم بقانون آخر حسب ما يتبين من البحث . أما معرفة طبيعة المال فخارجة عن نظرية التكييف

(٢) قارن هذه الفكرة الغريبة بما يشابهها فى التنازع على الجنسية ، بند ١٢٩ هنا وراجع الرد عليها فى بند ٢٨٤

(٣) بارتان ، ص ١ — ٨٢ ، وهذا أيضا يثبت ما نرمى الى اثباته من ان التكييف فى العلائق القانونية لا يكون بمقتضى قانون القاضى مطلقا بل بمقتضى القانون الذى يحكم العلاقة راجع بند ٢٨٤

[٢٨١] (١) وهذا الرأى قد ورد فى حاشية ٢ على بند ٣٧٩ من كتابه ص٥٠١ ، وهذا الرأى هو الرأى الصحيح وهو يشعر بان المؤلف العظيم لم يعر هذه النظرية ادنى التفات لانها لم تؤثر عنده مطلقا على صحة الحلول التى يراها علماء القانون الدولى الموثوق برأيهم

التفكير وخطأ فى المبدأ وخلط بين أمور متعددة جمعت فى صعيد واحد ما كان ينبغى أن تعرض فيه جملة واحدة. رأى دسپانييه وجوب استبعاد تكييف «الاشياء» من المناقشة لأن تقسيم الاموال وتحديد طبيعتها المنقولة أو العقارية وكونها قابلة للاتجار فيها أو غير قابلة ؛ كل ذلك من الامور المتعلقة بالنظام العام فى البلد الذى توجد فيه الاشياء نظراً لما لعلاقتها المتينة بالمصالح الاقتصادية والمالية لكل حكومة فيجب أن يحكمها قانون البلد الذى توجد فيه وقت الحكم بخصوصها

كذلك رأى وجوب استبعاد تكييف «الدعاوى» فان معرفة كون الدعوى مدنية أو تجارية مثلا أمر من الامور التى لا يمكن أن يكون الحكم فيها لغير قانون القاضى الذى ترفع أمامه تلك الدعاوى ولا يتصور أن يحصل نزاع فى هذا الموضوع

ولذلك كان من الضرورى قصر مسائل التكييف على ما يسمى بالعلائق القانونية les rapports juridiques وهنا قرر دسپانييه أنه من الخطأ أن يكون التكييف فيها بحسب قانون القاضى وانه يجب ان يكون التكييف دائماً بحسب القانون المقرر تطبيقه على العلاقة القانونية المخصوصة وذلك لأنه اذا رأى القاضى تطبيق قانون أجنبى على العلاقة المطروحة أمامه ، سواء كان رأيه مبنياً على نص صريح فى قانونه أو على القواعد العامة المقررة فى القانون الدولى الخاص ، فان معنى ذلك انه يريد تطبيق ذلك القانون الاجنبى ضمن الحدود التى ينظم بها تلك العلاقة [1] وأول ما يلفت نظر المشرع وأول ما يحدده هو طبيعة العلائق التى

---

[٢٨٢] (١) وقد جاء فى كتاب دسپانييه (الطبعة الخامسة المنقحة والمكبرة بواسطة الاستاذ « بك » ص ٣٥٣) انه يستثنى من ذلك الحكم حالة ما اذا كان التكييف يمس النظام العام المقرر فى بلد القاضى فانه يجب ان يحصل التكييف فى هذه الحالة طبقا لقانون القاضى وضرب مثلا بوصف الشىء هل هو منقول او عقار والعلائق القانونية التى تتصل بالشىء . وهذا المثل غير صحيح وغير منسجم مع نظرية دسپانييه نفسه كما رواها فى كلونيه سنة ١٨٩٨ ولذلك يجب علينا ان نترك مسؤولية هذا المثل على عاتق المنقح أما المؤلف فانه يقرر فى مقالته انه لا يرى من مسائل التكييف فى العلاقات القانونية ما هو متعلق بالنظام العام وهذا صحيح وسيتضح من ملاحظاتنا فى بند ٢٨٤

يفكر فيهـا وينظمها او بتعبير آخر هو تكييف تلك العلائق فاذا لم يلتفت الى حكمه فى هذا الموضوع فان معنى ذلك عدم تطبيق القـانون الذى تقرر اخضاع العلاقة القانونية الى حكمه . مثلا اذا كان القانون الوطنى لشخص ما ، ينص على ان شرطاً من الشروط يعتبر واجباً للاهلية capacité أفيظن القاضى أنه يطبق ذلك القـانون الواجب تطبيقه على أهليـة الخصوم اذا كان يعتبره من الشروط الشكلية لا من الشروط اللازمة للأهلية (٢) كلا فان ذلك انتهاك لحرمته فى مبدئه الاساسى . اذ الامر الجوهرى والذى تترتب عليه النتائج النهائية هو التكييف الذى يقرّر للعلاقة القانونية ، ويتم الوقوع فى التناقض متى أوجب القاضى حصول التكييف بمقتضى قانونه هو فى الوقت الذى يرى فيه وجوب تطبيق القانون الاجنبى (٣)

---

(٢) مثال ذلك : القانون الفرنسى يتطلب لصحة الزواج الحصول على رضاء الوالدين ويجعل الابن غير قادر على الزواج قبل الخامسة والعشرين والبنت غير قادرة على الزواج قبل الواحدة والعشرين الا اذا رضى الوالدان أو رضى الوالد بالاقل (١٤٨ مدنى فرنسى) فاذا لم يمكن الحصول على الرضا فلا يصح الزواج الا بعد مرور شهر من بعد اعلان رسمى بطلب الرضا . وهذه الشروط معتبرة من الشروط اللازمة للاهليـة للزواج . أما فى انجلترا فان هذه المسائل تعتبر شكليـة ولذلك يصح زواج الفرنسيين فى انجلترا بدون الرضا اللازم من الوالدين مادام ان الزواج يكون صحيحا فى انجلترا بدون رضاء الوالدين فيعتبر زواج الفرنسيين فيهـا صحيحا رغم كون القانون الفرنسى يعتبر المسألة من مسائل الاهلية له ومادام القانون الانجليزى يعتبر زواج الفرنسيين خاضعا للقانون الفرنسى فكان يجب ان يحصل تكييف هذه النقطـة بمقتضى القانون الفرنسى فاذا قال القاضى الانجليزى بان قانونه يجعل الشروط شكلية فكأنه لم يتبع القانون الفرنسى حيث قرر وجوب اتباعه للحكم فى صحة الزواج : راجع دايسى ص ٦٦٤ ،، وهنا بند ٣٧٦

(٣) مثال آخر ذكره بارتان وتناقلته المؤلفات : المادة ٩٩٢ من قانون هولاندا تمنع الهولانديين فى الخارج من عمل الوصية بخط يد الموصى en la forme olographe (قارن مادة ٩٧٠ مدنى فرنسى التى تجيزها متى كانت مكتوبة كلها ومؤرخة وممضاة بخط يده) وهذا يعتبر قيداً على حريتهم فلا تكون وصيتهم صحيحة بهذا الشكل ، بعكس القانون الفرنسى فانه يجعل الوصية صحيحة متى كانت كذلك طبقا لقانون البلد الذى عملت فيه فاذا اعتبرها القاضى الفرنسى صحيحة لكونها صحيحة طبقا لقانون البلد الذى عملت فيه ، وهى باطلة بحكم قانون هولاندا الذى يمنع الايصاء على الشكل المتقدم فقـد خالف هذا القانون فى الوقت الذى يجب عليه ان يحكم بمقتضاه ، طبقا للقانون الفرنسى نفسه الذى يجعل الحكم فى الوصية من أمر قانون جنسية الموصى

رأى پييه ٢٨٣ – ويتلخص رأى دسپانييه حينئذ فى وجوب اجراء التكييف القانونى طبقا للقانون المقرر تطبيقه على العلاقة القانونية نفسها دون قانون القاضى ويرى الاستاذ پييه ان موضوع التكييف هو من الحجج النيرة التى تقوم ضد فكرة توحيد قواعد القانون الدولى الخاص ومع ذلك فهو يقرر أولا انه لا يحاول حل المشكلات التى تنشأ عن اختلاف التكييف فى القوانين المختلفة لانها فى نظره غير قابلة للحل Nous les regardons comme insolubles (١) وثانيا ان هذه الاختلافات ليست عديدة وانها لن تقف حجر عثرة فى سبيل توحيد القواعد ولكنها تذكرنا دائما بانه مهما توحدت فان تطبيقها لا يخلو من الاختلاف وهنا نجد للاستاذ افكاراً نيرة حقيقة فانه يقول « اذا أردنا ان نقرر احكاما سديدة فى جميع الاحوال التى تنشأ فيها مسائل خاصة باختلاف التكييف فيكون من الواجب حصر هذه المسائل وقصرها على الاحوال المقر فيها بوجود اختلاف ثابت فى تكييف نظام واحد فى بلدين مختلفين . وهذا مالم يقم به بارتان ولذلك يجب عدم الخلط بين الاحوال المذكورة وبين الاختلاف الذى يوجد فى تشريعين معينين بخصوص تكييف شىء معين . اذ يكفى فى أغلب الاحيان الرجوع الى قواعد القانون الدولى الخاص لمعرفة الحل الصحيح . انهم يضربون لنا مثلا باختلاف وصف شىء معين فى بلاد مختلفة بعضها يجعله منقولا وبعضها يجعله عقاراً . فهذه النقطة عارية عن الصعوبة من حيث معرفة القاعدة الخاصة بها فى القانون الدولى الخاص . اذ من المقرر المتفق عليه ان قانون موقع الشىء هو الذى يحكم فى هل هو منقول أو عقار . ويصح ان يحصل — وان كان الامر نادرا — ان يعتبر الشىء الواحد الذى ينقل من جهة الى اخرى ، منقولا فى جهة وعقاراً فى الجهة الاخرى .

---

[٢٨٣] (١) هذا رأيه أيضاً فى مسائل أخرى مثلا ما ذكرناه له فى بند ١٣٩ هنا بخصوص تنازع الجنسيات ، وقد أخذ عنه هذا الرأى كاتب آخر اسمه دونديو دو ڤارب فى مقالة نشرت فى كلونيه سنة ١٩٠٥ ص ٥٩٦ وهو متشبع بآراء پييه كثيرا

فيتغير الحكم على وصفه باعتبار الجهة التى يوجد فيها ولكن هذا لا مساس له مطلقا بمعرفة النظام الذى يخضع اليه فى وقت معين ولذلك يكون من المفيد ملاحظة أن تطبيق قاعدة ثابتة فى القانون الدولى الخاص يكون كافيا لحل الخلاف الذى يمكن ان ينشأ بخصوص اختلاف التكييف . وبناء على ذلك يقصر بيبيه الصعوبة على الاحوال التى يوجد فيها اختلاف حقيقى فى طبيعة الوصف الذى يلحق نظاما قانونا معينا وفى هذه الحالة يقرر عدم وجود حل للمسألة

النظرية الصحيحة

٢٨٤ — ملاحظاتنا الخاصة : يجب قبل البحث فى الموضوع تعيين نطاق المسائل التى يشملها التكييف حتى يكون الحكم صحيحاً ومنزها عن التعميم الذى يوقع فى الخطأ . يجب ان يستبعد من الموضوع كل ما يتعلق بوصف الاشخاص والاشياء والحقوق والدعاوى وكذلك تفسير النصوص القانونية

فان هذا كله خارج بطبيعته عن حكم القانون الدولى الخاص ولا اتصال له بنظرية التكييف القانونى التى يجب ان تقتصر على العلائق القانونية المطروحة للحكم امام المحكمة . ان تفسير قانون القاضى لا يكون الا بحسب أصول ذلك القانون ولا يتصور ان يحصل خلاف فى ذلك . ان وصف الدعاوى لا يكون الا بحسب قانون القاضى حتى يتسنى له معرفة ما اذا كانت من اختصاصه أم لا وحتى يعرف القواعد الخاصة بها . كذلك وصف أو أسماء الحقوق التى يدخل نظرها فى اختصاصه . أما وصف المال باعتباره كائنا موجوداً فى جهة معينة وداخلا فى دائرة اختصاص قانون معين فلا يكون الا طبقا لقانون الجهة التى هو موجود بها فعلا وقت قيام النزاع بخصوصه امام محكمة معينة (بند ٣٨٨) . كذلك وصف الاشخاص انما يكون بحسب القانون الذى يرشدنا قانون القاضى الى تطبيقه . فلم يبق الا تكييف العلائق القانونية le rapports juridiques وهذا يجب حتما ان يحصل طبقاً للقانون الذى يرشدنا قانون القاضى الى تطبيقه أيضاً ولكنه لا يكون طبقاً للتكييف الموجود فعلا فى قانون القاضى وسواء اتفق القانونان فى التكييف أم

اختلفا وسواء وجد قانونان أجنبيان يتنازع كل منهما الحكم فى العلاقة القانونية أو لم يكن الا قانون أجنبى واحد يأمر بتطبيقه قانون القاضى . أما هذا القانون فليس له شأن مطلقاً فى تكييف العلائق القانونية التى سيكون الحكم فيها بمقتضى قانون أجنبى وذلك : —

أولا : لجواز أن تكون العلاقة القانونية غير معروفة فى قانون القاضى كما لو طالبت امرأة مسلمة بمهرها أمام محكمة فرنسية فان المهر ليس معروفاً فى القانون الفرنسى

وثانياً : لجواز أن تكون العلاقة القانونية ليست مطابقة للعلائق الاخرى المشابهة لها فى قانونه والحكم فى هذا يكون من باب أولى بالنسبة للحالة السابقة كما اذا طلبت امرأة تونسية مسلمة الحكم لها بالطلاق من قنصلية فرنسية فى مصر بعد أن أوقعه الزوج وانكره فان الطلاق فى فرنسا لا يحصل بالقبول ولكنه دعوى تسير باجراءات مخصوصة ولا تقبل الا لاسباب مخصوصة ولا يحصل الطلاق الا بمقتضى الحكم الذى ينشئه ولا بد من تسجيله بعد ذلك حتى ينتج نتيجته النهائية

وثالثا : لانه متى أوجب قانون القاضى ان يكون الحل طبقا لقانون أجنبى معين فيجب ان يكون تحديد العلاقة القانونية من أمر هذا القانون الاجنبى لانه هو الذى سيحكم ولا يتصور مطلقاً ان يترك الحكم للقانون الاجنبى ولا يترك تكييف الوقائع المراد تطبيق القانون عليها لهذا القانون . خذ مثل الطلاق المتقدم ماذا تكون الحال لو حصل تكييف الامر المدعى به ، طبقاً لقانون القنصلية الفرنسية ؟ ان قول الرجل للمرأة « أنت طالق » لا يكون له فى القانون الفرنسى أى أثر فى الطلاق ولا يعتبر على الاكثر الا اهانة للزوجة ولكنه لا يترتب عليه وقوع الطلاق بالفعل واصدار حكم بحصوله . ان تكييف العلاقة القانونية لا يمكن ان يكون بغير القانون الذى سيحكم هذه العلاقة (قارن المبدأ الخامس لدايسى ، بند ٢٦٦ هنا)

ولكن يقولون كيف الوصول الى معرفة القانون الذى سيحكم العلاقة اذا لم يحصل تكييفها مقدما وكيف يتسنى للقاضى ان يكيف بمقتضى قانون غير قانونه سؤال هام

لأنه سيسترشد بقانونه لمعرفة القانون الواجب تطبيقه فكيف يسترشد ؟

وجاهة السؤال وأهميته

وهذا سؤال فى منتهى الوجاهة ولكنه مبنى على خلط كبير جداً قائم فى أذهان من وضعوه[1] ظنوا أن التكييف هو الموصل لمعرفة القانون الذى سيطبق وهذا هو موطن الخطأ . ويصح أن يكون موطن الاصطلاح ولكنه للآن لم يكن. واذا كان غرضهم أن يكون التكييف هو الموصل لمعرفة القانون فما أقلّ حظهم إذ قد خانهم البيان . واذا كان التكييف هو الموصل لمعرفة القانون الذى سيطبق فلا يختلف اثنان فى أنه يكون بحسب قانون القاضى ولكن ماذا عسى أن يكون مداه ؟ هل يكون تكييفاً قانونياً دقيقاً موصلا للحكم الموضوعى مباشرة فى العلاقة القانونية المطروحة ؟ اذاً لكان القانون الدولى الخاص معدوم الوجود بالكلية لأنه لا فائدة من القول مطلقاً بوجوده متى كان القاضى سيحكم دائماً وفى كل الاحوال بمقتضى قانونه هو (بند ١٧) والتكييف القانونى الدقيق بمقتضى قانون القاضى ينتج حتما حكماً قانونياً مستمداً من قانون القاضى والا فلا معنى مطلقاً للتكييف القانونى الدقيق بمقتضى قانون القاضى اذا كان الحكم فى الموضوع سيحصل بمقتضى قانون آخر ؛ ان الامر على عكس ذلك فى مسائل القانون الدولى الخاص

نظرية شخصية للمؤلف

ان التكييف الذى يكون بمقتضى قانون القاضى هو، طبقاً لنظريتنا الشخصية التكييف المبدئى Qualification préliminaire أو التكييف الاجمالى Grosso modo : هو وضع العلاقة القانونية فى دائرة قاعدة من القواعد التى قررها القانون الدولى الخاص المعمول به عند القاضى. ومتى عرفنا بذلك أن العلاقة القانونية يحكمها بناء على هذا التكييف المبدئى ، قانون جنسية المتوفى مثلا فننتقل الى هذا القانون ومنه نطلب التكييف القانونى الدقيق للعلاقة القانونية المطروحة أمام القاضى

---

[٢٨٤] (١) وضعه الاستاذ ارمانجون وكان محور حججه ، وذكره فى كتابه « طبيعة القانون الدولى الخاص الخ » ص ٣٨ ،، وفى المقالة الحديثة التى نشرها فى مجلة القانون الدولى ومقارنة الشرائع سنة ١٩٢٣ ص ٢٨٠ ولكن الذى أوقعه فيه هو بارتان كما سيتضح من حاشية ٥ الآتية

ومنه نطلب الحكم فى هذه العلاقة

التكييف المبدئى وحده يكون بقانون القاضى

وعلى ذلك يكون التكييف المبدئى هو البحث عن طبيعة العلاقة القانونية الذى أشار به ساڤينى ودسپانييه وڤاليرى وغيرهم وهو البحث المؤدى الى وضع العلاقة فى دائرة القواعد المقررة للقانون الدولى الخاص المعلومة فى قانون القاضى .

(٢) la répartition des rapports de droit en telles ou telles catégories.

فالمسألة هنا هى البحث عن الطائفة التى تدخل فيها العلاقة القانونية مثل الاحوال الشخصية ، أو التعهدات الاختيارية أو صحة العمل القانونى من حيث شكله ، أو انشاء حقوق عينية على عقار معين أو غير ذلك من الامور المحصورة فى القانون الدولى الخاص[٣] وليست مسألة تكييف قانونى دقيق لان هذا لا يمكن أن يحصل الا طبقاً للقانون الذى أشار به قانون القاضى

التكييف الدقيق يكون بالقانون الذى يحكم العلاقة

ونظريتنا هذه انما تفسر الطريق التى سلكها للآن علماء القانون الدولى الخاص الموثوق بنظرهم[٤] وهى الطريقة التى جرى عليها العمل من قديم الزمان الى يومنا هذا ولم يكن ثمت صعوبة فى ادراكها بل كان المفروض دائماً أنها مقبولة ومفهومة ولا شك فيها ولم يلق عليها ستاراً من الظلام الا ما تمثل لبارتان ومن بعده لارمانچون من الارتباك والشك فى فهم الامور على حقيقتها ومحاولتهما ايجاد نظرية عامة للتكييف اثقلوا بها كاهل علماء القانون الدولى والقوا الشك حيث كان يجب أن يساعدوا على بيان الهدى أو يبحثوا ويفكروا أو يصمتوا حتى تتضح لهم السبيل[٥]

(٢) قارن دسپانييه فى كلونيه ١٨٩٨ ص ٢٦٣ وراجع هنا حاشية ٥ بند ٢٧٨

(٣) يلاحظ ان هذه الطوائف محصورة ويدخل تحت كل منها مسائل لا حصر لها قارن مادة ٤ مدنى مختلط فالمهم هو ادخال العلاقة القانونية تحت المادة برمتها وبكل مافيها من مسائل فهذا أمر يتعلق بطبيعة العلاقة وليس تكييفا الا من وجهة مبدئية محضة فاذا ما اعتبرت العلاقة من الاحوال الشخصية فيكيفها قانون الاحوال الشخصية ويعطيها الحكم اللازم

(٤) اخذ عنا ، من كتابنا الانجليزى ، الاستاذ أرمانچون هذا الشرح فى مقالته الاخيرة المشار اليها فى بند ٢٨٤ حاشية ١ ولم يقل انه أخذه عنا وقد أظهر عدم رضاه عنه واعتبره شرحا مزدوجا للمسألة وغير منطقى وانه يستحق نقد الرأيين المختلفين معا وقد فاته ان رأيى يفسر له ما حار فيه، وبدون رأيى هذا لا يمكنه ان يثبت صحة مايدعى

(٥) أول من قاد الى الخطأ هو بارتان فانه ظن ان الطبيعة التى ينشدها ساڤينى

خلاصة البحث

والخلاصة أن التكييف المبدئى يكون بواسطة قانون القاضى ليدخل به العلاقة تحت قاعدة من قواعد القانون الدولى المعمول بها فى قانونه ومتى علم له القانون الاجنبى الذى يطبق فان التكييف القانونى الدقيق يكون بمقتضى القانون الذى يحكم العلاقة ولا شأن فيه لقانون القاضى بوجه من الوجوه

ويلاحظ أنه قد يحصل الخلاف على القانون الذى يحكم العلاقة هل هو القانون الاجنبى أم هو قانون القاضى. فهذا الخلاف لا شأن فيه للتكييف ومتى تقرر أن يكون الحكم للقانون الاجنبى كان التكييف للقانون الاجنبى أيضاً ومتى يقرر أن يكون الحكم لقانون القاضى دون القانون الاجنبى كان التكييف لقانون

الدفاع عن رأى ساڤينى

(بند ٢٤٢) هى الطبيعة القانونية الدقيقة أو التكييف القانونى للعلاقة القانونية — ذكر ذلك منتقدا ساڤينى ، فى كتابه ص ٧٦ ثم ذكر فيه ذلك ايضاً فى حاشية حيث قال اولا :

C'est là pour le dire en passant, que se trouve le point faible dans la formule celèbre de Savigny, la détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend en fin de compte de la nature juridique de ce rapport.

وقال فى الحاشية La détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend, pour Savigny, du siège de ce rapport,dont la détermination dépend elle-même de la nature de ce rapport.

وقد كان وضع لفظ « القانونى » Juridique بعد لفظ التكييف هو أساس الخطأ وهذا ما جعلنى شخصيا انتقد ڤايس فى بند ٢٧٥ حيث كان يعرض باراء العالم العظيم ساڤينى . وهذه الغلطة قد ابتكرها بارتان لعدم فهمه رأى ساڤينى فاراد ان يكمل الفاظ ساڤينى حتى يرفع شأن نظريته الخاصة على حساب ساڤينى أو يظهر ان نظريته هى ايضاح لما لم يستطع ساڤينى ان يأتى به . ان هذا الاستاذ الكبير لم يفكر مطلقا فى ان يجعل التكييف القانونى الدقيق من شأن قانون القاضى ولم يقل مطلقا انه يبحث عن الطبيعة القانونية للعلاقة . ان نظريته برمتها ليست متصلة بمشرع معين حتى يتقيد بتكييف العلاقة القانونية بمقتضى قانون هذا المشرع (قارن وستليك ص٢٢ حيث يقول his whole system is not connected with a law-giver) ان الطبيعة التى ينشد ساڤينى البحث عنها هى الطبيعة من الوجهة العامة أو من وجهة الطوائف العامة التى تدخل المسائل القانونية فى دائرتها وليست الوصف القانونى الدقيق للعلاقة القانونية لان هذا من شأن القانون الذى سيحكم نهائيا فى الموضوع لا من شأن قانون القاضى

القاضى لا باعتباره مفضلا فى التكييف على قانون اجنبى بل لأن قانون القاضى هو وحده الذى تقرر أن يحكم العلاقة القانونية فيحكمها من حيث التكييف كما يحكمها من حيث الموضوع

الفصل الرابع

نظرية الاحالة أو الرجوع

Théorie du renvoi

أو التنازع بشأن القانون المقرر وجوب تطبيقه

وضع السؤال ٢٨٥ — قد يظن ان كل الصعوبات لا محالة زائلة متى وصلنا الى معرفة القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المطروحة للحكم أمام المحكمة ولكن هذا بالأسف ظن غير صحيح وذلك لأنه ، بعد ان يتقرر القانون الأجنبى الواجب تطبيقه ، يصح التساؤل من جديد عن هذا القانون وما المقصود به ؟ وذلك لان كل قانون يشتمل حتما على نوعين من النصوص : الاول النصوص المادية أو القواعد المبيّنة أو المحلية أو الاقليمية : والثانى قواعد القانون الدولى الخاص فى ذلك القانون

مثال أول فاذا ما علمنا بعد البحث والتدقيق ان القانون الواجب التطبيق فى قضية ميراث عقارات كائنة فى أيطاليا ، ومرفوعة أمام محكمة انجليزية ، ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الايطالى باعتباره قانون موقع العقارات ، انفتح أمامنا باب جديد للتساؤل وهو بأى قاعدة من القانون الايطالى نأخذ ؟ أنأخذ بقواعد التوريث المعتادة التى ترشدنا الى بيان الورثة ونصيب كل واحد منهم أم نأخذ بتلك القاعدة الأخرى التى وضعها القانون الايطالى فى مادة ٨ حيث قال ان التوريث يكون بحسب قانون جنسية الميت بصرف النظر عن طبيعة المال المتروك والبلاد التى يوجد

فيها . اذا اخذنا بقواعد التوريث المعتادة طبقناها على القضية وانتهى كل شيء بذلك وهذا هو فى نظرنا الرأى الصحيح أما اذا أخذنا بالقاعدة الواردة فى المادة ٨ فانها « تحيل » على قانون جنسية الميت ولا تعطى حلا ايجابيا وهذه « الاحالة » هى المقصودة فى هذا الفصل فاذا ماطوحت بنا « الاحالة » الى القانون Renvoi البريطانى (الانجليزى هنا ، بند٢٩٦مكرراً) أخذنا منه قواعد التوريث وطبقناها على القضية و يقول محبذو نظرية الاحالة انه فى الحالة الاولى يكون القاضى الانجليزى قد حكم بما لا يحكم به القاضى الايطالى اذا كانت القضية أمامه ، بعكسه فى الحالة الثانية فانه يكون قد أصدر حكما مطابقاً لما كان يحكم به القاضى الايطالى[1] ولكن يلاحظ أيضاً أن القاضى الانجليزى يكون قد خالف القاعدة الاساسية المقررة فى القانون الانجليزى وهى أن التوريث فى العقارات يكون بحسب قانون موقعها . واذا كانت العقارات مملوكة لايطالى فى انجلترا فانه ما كان يتردد فى الحكم بتوريثها طبقاً للقانون الانجليزى فكأنه يورث العقارات الانجليزية طبقاً للقانون الانجليزى ويورث العقارات الايطالية طبقاً للقانون الانجليزى ايضاً مع أن قواعد القانون الدولى المقررة فى انجلترا تقضى بأن يكون توريث العقارات الايطالية طبقاً للقانون الايطالى

الجواب الصحيح — الجواب الباطل

مثال ثان

مثل آخر : انجليزى متوطن قانوناً فى فرنسا ، تكون أهليته طبقاً لقانون موطنه وهو فرنسا فاذا أراد القاضى الفرنسى أن يحكم فى أهليته طبقاً للقانون الانجليزى أيطبق عليه النصوص الانجليزية المتعلقة بالاهلية أم يطبق عليه قاعدة القانون الدولى الخاص المعروفة فى انجلترا وهى أن الحكم فى الاهلية يكون من شأن قانون موطن الشخص وهو القانون الفرنسى هنا ؟ اذا حكم القاضى بقواعد الاهلية فى القانون الانجليزى فقد حكم طبقاً لأمر القانون الفرنسى لأن هذا هو قانون جنسيته واذا استعمل « الاحالة » فقد رجع الى قواعد الاهلية المقررة فى القانون الفرنسى فطبقها على الانجليزى وحكم كما كان يحكم القاضى الانجليزى لو جاءت

---

[٢٨٥] (١) راجع فى تفنيد هذه الدعوى ما يأتى فى بند ٢٩٨ هنا

القضية امامه ولكنه خالف قانونه الفرنسي لانه حكم على أهلية أجنبي بالقانون الفرنسي .

تعريف الاحالة

٢٨٦ — والنظرية التي بمقتضاها يفسر القاضي لفظ « القانون الاجنبي » الذي يأمره قانونه باتباعه ، بأنه قواعد القانون الدولي الخاص الموجودة في ذلك القانون الأجنبي ، هي نظرية الاحالة أو الرجوع وهي من المشكلات العويصة في القانون الدولي الخاص وقد اختلف فيها العلماء والمحاكم اختلافا كبيراً وقد شغلت المناقشات فيها حيزاً عظيما في الكتب والمجلات وانقسم من قالوا بصحة النظرية فتفرقوا فيها مذاهب وشيعاً (بند ٢٩٦)

حقيقة هامة

ومع ذلك من السهل الآن تقرير الحقيقة المتبعة بشأنها وهي أن أغلبية المؤلفين والكتاب[1] ضدها ، وأغلبية أحكام المحاكم[2] معها

رأى المجمع العلمي ضدها

٢٨٧ — وقد عرضت صحة نظرية الاحالة على المجمع العلمي للقانون الدولي (بند ٢٧) فأفتى مرتين بوجوب عدم اتباعها ، مرة في مدينة لاهي سنة ١٨٩٨ ومرة في نويشاتل في سنة ١٩٠٠ وفي المرة الاولى كان النص الذى طرح للتصويت

---

[٢٨٦] (١) العلماء الذين هم ضدها أولهم في فرنسا وبلچيكا لوران ولابيه وأهمهم لينيه وبك وتورناد وبارتان ودسپانيه وڤاليرى وغيرهم ممن صوت ضدها في المجمع العلمي وهم آسر وبواصو وبوزاني وكاتيلاني وكورسي وديكان ودوپوى وفوشيل وهلق وهولاند وكيدچي ولهر وفون ليست وليون كان وموديسي ورينو والكونت روستوروسكي وروسزكوسكي وساسردوتي وسترايث وفسنتش . اما الذين معها فكانوا في المجمع العلمي بار وبروسا وهاربورجر وروجان وڤايس ووستليك — راجع دسپانيه ص ٣٣٠ ووستليك ص ٣٦ — ٣٧

(٢) المحاكم الانجليزية تأخذ بنظرية الاحالة مطلقا — دايسي ص ٧٧١ — ٧٨١ ووستليك ص ٣٦ — ٤٠ وقد أحصى كاتب انجليزى نسبة تطبيق نظرية الاحالة في المحاكم الاجنبية ، من سنة ١٨٥٦ حيث ظهرت فكرة الاحالة لاول مرة امام محاكم القارة الاوروبية الى سنة ١٩٠١ ، فقال انها في فرنسا ١٣ معها و٣ ضدها (راجع في هذا دسپانيه ص ٣٣١ حاشية ٤) وفي بلچيكا ٥ معها وليس ضدها شيء وفي اسبانيا ١ معها ولا شيء ضدها وفي هولاندا وسويسره واحد معها وواحد ضدها وفي المانيا قبل القانون الذى عمل به في سنة ١٩٠٠ معها عشرة احكام وضدها ١٢ والمجموع ٢٩ معها و ١٧ ضدها — راجع مذكرات الدكتور پولى بيت على نظرية الاحالة ص ٢٤ — ٢٦ ووستليك ص ٣٦

عليه ما يأتى : « اذا ما نص المشرع عند وضعه قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص على وجوب اتباع قانون اجنبى لتطبقه محاكمه مباشرة ، فيجب عليه أن لا يعلق تطبيق ذلك القانون على شرط كونه واجب التطبيق أيضاً من جانب التشريع الاجنبى الذى يكون القانون المدنى المشار اليه جزءاً منه » [1] وكانت النتيجة طرح نظرية الاحالة بشكل رسمى وكانت الاصوات ١٧ ضد ٧ وفى نويشاتل وضع النص بالشكل الآتى : « كلما نظم قانون دولة حلا للنزاع فى مسألة من مسائل القانون الدولى الخاص كان من المرغوب فيه أن يذكر النص نفسه الذى يعمل به فى كل قضية دون النص الاجنبى المتعلق بالنزاع المذكور » وكان الغرض من هذا أن يبدى المجمع العلمى رغبته فى أن يقلع المشرعون عن نظرية الاحالة وكان عدد الاصوات ٢١ ضد ٦ ومن هؤلاء ثلاثة من كبار العلماء وهم بار وفايس ووستايك[2]

٢٨٨ — وبالعكس اختار بعض القوانين الاجنبية الحديثة نظرية الاحالة فى بعض الاحوال فمثلا قانون سويسره الخاص بالحالة الشخصية والزواج الصادر فى سنة ١٨٧٤ وقانون المجر الصادر فى سنة ١٨٩٤ وقانون مقدمة القانون المدنى الالمانى مادة ٢٧ (بند ٢٦٨ هنا) والقانون اليابانى الصادر فى سنة ١٨٩٨ وقررت النظرية أيضاً فى معاهدة لاهى بخصوص الزواج والطلاق فى سنة ١٩٠٥ حيث نصت المادة الاولى على ان « حق عقد الزواج يقرر بمقتضى قانون جنسية كل من المتعاقدين الا اذا « احال » قانون الجنسية صراحة على قانون آخر » فتكون أهلية كل من الطرفين محكومة بقانون جنسيته الا اذا احال هذا على قانون الموطن مثلا فيتبع ما أمر به قانون الجنسية . كذلك نصت المادة الثالثة من معاهدة الطلاق على ما يأتى

بعض القوانين معها

والمعاهدات أيضاً

---

[٢٨٧] (١) من المقرر ان هذا النص على جانب عظيم من التعقيد ولكنه مقصود — راجع دسپانيه ص ٣٣٤ ،، كذلك قرر وستليك ص ٣٧ وراجع النقد فى پييه ص ١٦٣ ،،

(٢) راجع دسپانيه ص ٣٣٤ ،، ووستليك ص ٣٦ و ٣٧

« ومع ذلك فرغما من نص المادتين الاولى والثانية يكون الحكم بمقتضى قانون الجنسية وحده كلما نص قانون الجهة التى طلب فيها الطلاق على ان يكون الحكم كذلك أو كلما سمح بان يكون الحكم كذلك »[1]

ونصت المادة ٧٤ من معاهدة لاهى التى وضعت فى المؤتمر المعقود فى سنة ١٩١٢ بخصوص توحيد القوانين فى مادة الكمبيالات والشيكات على ان أهلية الشخص لان يلتزم . . . تكون بمقتضى قانونه الوطنى فاذا قرر هذا القانون اختصاص قانون بلد آخر فى الموضوع يتبع القانون الآخر[2]

الاحالة قديمة فى انجلترا

٢٨٩ — ويقول الاستاذ وستليك (ص ٣٧) ان المسألة المسماة الآن بالاحالة كانت معروفة أمام المحاكم الانجليزية من قبل ظهورها فى القارة الاوروبية (بند ٢٨٦ حاشية ٢) بزمن طويل

وجهة نظر المحاكم الانجليزية

٢٩٠ — وترى المحاكم الانجليزية ان لفظ « قانون أى بلد Law of a country » الذى يمكن ان يرد فى أى قاعدة انجليزية مقررة فى القانون الدولى الخاص ، معناه عندما يطبق على بلد أجنبى (ايطاليا مثلا) أى مبدأ أو قانون ، سواء كان هو القانون الايطالى الاقليمى أو غيره ، تطبقه المحاكم الايطالية للحكم فى القضية التى تتعلق بها القاعدة : « يجب على المحكمة الجالسة هنا للحكم فى القضية ان تعتبر نفسها جالسة فى ايطاليا تحت الظروف الخاصة بالقضية »[1]

النظرية عندهم عامة

٢٩١ — وتطبق المحاكم الانجليزية نظرية الاحالة فى المواريث كما تطبقها

---

[٢٨٨] (١) راجع نصوص المعاهدات المذكورة فيما بعد بند ٣٨٢ هنا

(٢) وستليك طبعة ١٩٢٢ ص ٣١ الحاشية الاولى

[٢٩٠] (١) دايسى ص ٧٧٣ حيث يروى الجملة المذكورة عن أحد الاحكام المشهورة حيث تقول المحكمة The court sitting here to determine the case, must consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case.... The court sitting here decides the case from the evidence of persons skilled in Belgian law and decides it as it would if sitting in Belgium.

فى المسائل الاخرى — مثلا فى الطلاق — فقد حكم بأن الحكم بالطلاق الصادر من محكمة غير محكمة موطن الخصوم (بند ٧٨٢) قد اعتبر صحيحاً فى انجلترا بناء على أن قانون الموطن يجعله صحيحاً

قضية بينز

كذلك تطبق نظرية الاحالة ، عند الحكم بمقتضى قانون موقع العقار مثال ذلك ان بريطانياً متوطناً فى انجلترا (على الاحتمال لا على التأكيد — راجع بند ٩٨) كان يمتلك قطعة أرض فى القطر المصرى ومات تاركاً وراءه وصية صحيحة فى الشكل طبقاً للقانونين الانجليزى والمصرى وقد بيعت الارض بواسطة الموكلين بتنفيذ الوصية وكان ثمنها ١٦٠٠٠ جنيه وقد أودع فى أحد البنوك فى انجلترا وكانت شروط الوصية صحيحة طبقاً للقانون الانجليزى ولكنها كانت باطلة طبقاً للشريعة الاسلامية التى هى القانون الاقليمى للمواريث فى مصر[1] وقد كان مقرراً أن حق الميراث فى المبلغ المذكور يتوقف على حق الميراث فى الارض المصرية . ولكن هذا الميراث محكوم فى مصر طبقاً لنصوص المادتين ٧٧ و ٧٨ من القانون المدنى المختلط بموجب قانون الامة التابع اليها المتوفى . وقد اختلف فى

بحث هام

[٢٩١] (١) القاعدة فى القانون الانجليزى أن التوريث فى العقارات يكون دائماً بحسب قانون موقعها (بند٣٨٦ب) فاذا كانت العقارات فى فرنسا مثلا حيث تطبق نفس هذه القاعدة فان القاضى الانجليزى يحكم بالتوريث طبقاً للقانون الفرنسى ولا مفر له من ذلك فاذا كان هذا يجعل الوصية باطلة فيحكم ببطلانها رغم صحتها فى القانون الانجليزى — اما والعقارات واقعة فى مصر ومصر ليست من البلاد التى تسود فيها السيادة الاقليمية والقوانين ذات السلطان الاقليمى فان القاضى الانجليزى يجد فى هذه القوانين مخرجا . يجد أن المواريث فى مصر ولو تعلقت بالعقارات ، خاضعة لاحكام الامة التابع اليها الميت وليس ثمت من قانون اقليمى يحكم التوريث فى العقارات المصرية بالنسبة للجميع . فالقاضى الانجليزى اخطأ فى اعتباره الشريعة الاسلامية هى القانون الاقليمى لانها لا تكون كذلك الا اذا كانت تحكم التوريث فى العقارات المصرية للمصريين والاجانب على السواء وبشكل لازم اما وهى سمحاء تجيز معاملة تركة كل ميت بمقتضى قانون جنسيته فهى ليست اقليمية وبذلك لا يرجع اليها لتوريث الانجليز وانما يرجع الى قانون أمتهم وبذلك لا تكون نظرية الاحالة أساساً للحكم فى هذه القضية — وربما كان سبب بطلان الوصية فى الشريعة الغراء كونها جعلت لوارث أما فى انجلترا فالوصية جائزة للوارث ولغيره

معنى المادتين فأخذ رأى أهل الخبرة (بنـد ٣٠٣) فبت حينئذ أن المحاكم المصرية كانت تحكم فى ظروف هـذه القضية بأن ميراث الميت يخضع بمقتضى نصوص القانون المصرى الى القانون الاقليمى الانجليزى وبذلك حكمت المحكمة بصحة الوصية [٢] وهذا الحكم صحيح وعادل. ولكن هل أساسه نظرية الاحالة ؟ [٣]

قضية جرانت ٢٩٢ — وفى قضية أخرى تدعى قضية تورى جرانت In re Goods of Torrey Grant حكمت المحكمة القنصلية البريطانية العليـا فى مصر بأن تقسيم تركة اسكوتلاندى توفى بدون أن يكون له وصية ، وترك عقارات فى مصر يكون طبقاً للشريعة الاسلامية الغراء وقد توصلت الى ذلك بأن قررت مبدئياً أن المادة ٧٧ من القانون المدنى المختلط تجعل المواريث خاضعة لحكم قانون الامة التابع اليها الميت وقد فسرت القنصلية هذه المادة بقولها ان القانون البريطانى الذى أمرت المادة باتباعه قد طبق التطبيق الكامل ولكنها بدلا من أن تأخذ بنصوص قانون اسكوتلاند لتقسم التركة بمقتضاها أخذت بقاعدة القانون الدولى الخاص الموجودة فى قانون اسكوتلاند وبما أن هـذا يشير باتباع قانون موقع العقار وهو الشريعة الاسلامية فوجب تطبيق الشريعة — هكذا حكمت القنصلية ولقد انتقد القاضى ساندرسن الاستاذ بمدرسة الحقوق الخديوية سابقاً هذا الحكم انتقاداً شديداً [١] بناء على أن حكم الشريعة الاسلامية لا يقصد به أن يمتد الى البريطانيين الساكنين فى القطر المصرى وانه كان يجب على المحكمة أن تحتال بأى سبيل حتى تطبق على التركة قانون الموطن الاصلى للمتوفى وهو سكوتلاند [٢]

---

(٢) هذه القضية تسمى قضية بينز In re Baines وقد حكم فيها فى ١٩ مارس ١٩٠٣ — راجع دايسى ص ٧٨١

(٣) سنرى شرح ذلك فى بند ٢٩٧ وراجع ما مر فى حاشية ١ هنا

[٢٩٢] (١) فى مجلة Law Mag. & Rev. سنة ١٩٠٩ ص ٢٩٧ وكذلك المستر بنتويتش منقح كتاب وستليك فى طبعة سنة ١٩٢٢ فى كتابه على الموطن ص ١٧٣ — ١٧٥

(٢) والواقع أن القنصليـة اخطأت فى الحكم أولا لان القانون الاقليمى للمواريث

تأمل ونظر ٢٩٣ — ولقد اخترنا قضيتين انجليزيتين عمداً طبقت فى الاولى منهما نظرية الاحالة — اذا صح أنها حقيقية طبقت ، لأننا سنرى فى بند ٢٩٧ أن هذه ليست الاحالة بالمعنى الحقيقى المقصود من النظرية — وطبقت فى الثانيـة أيضاً ولـكن بشكل خال عن التبصر ولذلك كان الحكم فيها غريباً جداً وغير مطابق للقانون من أى وجه واننا نرمى بهذا الى اثبات رأينا الخاص فى نظرية الاحالة وهو الذى أوصلتنا اليه التأملات الطويلة فيما كتب عنها الاستاذ العلامة وستليك (بند ٢٩٩) وان كنا لا نشاركه رأيه فى القول بصحة الالتجاء الى تلك النظرية

٢٩٤ — فى المحاكم الفرنسية : أول قضية مهمة عرضت على هذه المحاكم وطبقت فيها نظرية الاحالة كانت قضية المدعو فورجو Affaire Forgo وحكمها صادر من محكمة النقض والابرام الفرنسية فى سنة ١٨٧٥

قضية فورجو كان فورجو باڤاريا مقيما فى فرنسا ولـكنه غير متوطن فيها قانوناً وقد كان ابن سفاح ومات فيها غير تارك وراءه لا زوجة ولا ولداً . فطالبت مصلحة الاملاك الفرنسية بتركته طبقاً للمادة ٧٦٦ مدنى فرنسى القديمة فرفعت دعوى من حواشيه[1] بالمطالبة بتركته التى كانت مكونة من منقولات وذلك اعتماداً على القاعدة المقررة فى القانون الفرنسى والتى تقضى بأن الارث فى المنقولات يكون طبقاً لقانون موطن الشخص وكان فورجو ذا موطن قانونى فى باڤاريا وينص قانونها على أن تركة ابن السفاح تكون لحواشيه . فكانت النتيجة أن محكمة استئناف بوردو حكمت لورثته

فى مصر غير موجود بالمعنى الذى يفهمه الانجليز كما أوضحناه فى حاشية ١ بند ٢٩١ وثانياً لانه بفرض انه كان القانون الاقليمى بالمعنى المذكور فانها تكون قد اخطأت فى استعمال نظرية الاحالة كما يفهمها المدافعون عنها لانها ابتدأت بتطبيق المادة ٧٧ مدنى مختلط وهو القانون العام فى مصر بالنسبة للاجانب والمصريين وهو قانون موقع العقارات فاذا ارشدتها هذه المادة الى قانون اسكوتلاند فكان يجب أن تطبقه لا أن ترجع منـــه الى القانون البريطانى ثم من هذا الى الشريعة الاسلامية . واستعمال نظرية الاحالة هنا ربما كان يؤدى الى تطبيق قانون اسكوتلاند قياساً على القضية السابقة اذا كان ثمت احالة بالمعنى الصحيح

[٢٩٤] (١) الحواشي القريبة الاخوة والاخوات والحواشي البعيدة الاعمام والعمات

الباثاريين بالتركة ورفضت ما ادعته مصلحة الاملاك الفرنسية من حقها فى التركة. رفعت المصلحة نقضاً عن الحكم و بنته على أن القانون الفرنسى يرشد الى قانون باڤاريا من أجل تعيين الورثة لأن الرجل متوطن قانوناً فى باڤاريا ولكن هذا القانون يقسم تركة الباڤارى الذى يكون مقيما بالفعل فى بلد أجنبى طبقاً لقانون ذلك البلد أى أنه يحيل على القانون الفرنسى فيجب أن يطبق هذا القانون فى آخر الأمر وتكون دعوى الورثة الباڤاريين واجبة الرفض طبقاً لنص المادة ٧٦٦ المذكورة. أخذت محكمة النقض والابرام بهذا المبدأ ونقضت الحكم وأحيلت القضية على محكمة تولوز فطبقت القانون كما رأت محكمة النقض[٢] وقد سارت المحاكم الفرنسية بعد ذلك على هذا المبدأ فى أغلب أحكامها وكذلك أغلب المحاكم الاجنبية ولكن عدداً عظيما من العلماء لا يقبلون هذا المبدأ وسيأتى تفنيده فى بند ٢٩٨ هنا[٣]

حظ النظرية فى مصر

٢٩٥ — فى المحاكم المصرية : اذا استثنينا حكما واحداً عثرنا عليه وفيه قد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة « نظرية الاحالة » فيمكننا أن نقول ان خطة المحاكم المصرية ليس فيها مايسمح بالقول بأنها تطبق هذه النظرية أو ترفضها بشكل صريح ومع ذلك فسوف نرى فى بند ٢٩٦ مكرراً أن فكرة الاحالة أو مايشابهها قد يلتجأ اليها فى مصر وما يشابهها من الممالك ذات النظم المركبة (بند ٦٠) للوصول الى حلول صحيحة فى مسائل القانون الدولى الخاص ويكون الالتجاء اليها اذاً من باب الضرورة كما سيوضح فيما بعد (بند ٢٩٦ مكرراً)

ومع ذلك فمن المشاهد أن جميع أحكام المحاكم المصرية المتعلقة بتطبيق القوانين الاجنبية فى مصر تطبق القواعد المبينة (بند ٥٢) الموجودة فى تلك

---

(٢) حكم بوردو صادر فى ٢٤ مايو ١٨٧٦ دالوز ٧٨ ، ٢ ، ٧٩ وحكم النقض صادر فى ٥ مايو ١٨٧٥ كلونيه سنة ١٨٧٩ ص ٢٨٥ وحكم تولوز صادر فى ٢٢ مايو ١٨٨٠ كلونيه ١٨٨١ ص ٦١ ودالوز ١٨٨١ ، ٢ ، ٩٣

(٣) قارن ڤاليرى ص ٦٠٦ — ٦٠٧ بند ٤٤٢

القوانين ويظهر أن قضاتنا لم يروا أنفسهم مضطرين الى الالتجاء الى فكرة نظرية الاحالة أو مدفوعين بأى عامل يقنعهم بالالتجاء الى تطبيقها فانهم — سواء كانوا من قضاة المحاكم المختلطة أو الاهلية — قلما يطبقون القوانين الاجنبية الا فى مواد الاحوال الشخصية حينما ترفع اليهم مسائلها بصفة فرعية ولا يرون ضرورة الحصول فيها مقدماً على حكم من قاضى الاحوال الشخصية المختص . وبما أنهم يرجعون فى هذه المسائل الى قوانين جنسية الخصوم أو قوانين دياناتهم فانهم يأخذون الاحكام والقواعد الموضوعية التى تحل بها المسائل المطروحة أمامهم ولا يفكرون مطلقاً فى أن يأخذوا قواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بالموضوع والموجودة فى تلك القوانين . وما يحملهم على ذلك فى نظرى هو عدم وجود قانون اقليمى مصرى للاحوال الشخصية يكون قانون المحكمة وتتأثر المحكمة به تأثيراً يجعلها تميل الى الاحالة عليه ولو فى بعض الاحوال اذا ما سنحت فرصة للاحالة عليه من القانون الاجنبى الذى رأت تطبيقه على مسألة الاحوال الشخصية المطروحة أمامها بصفة فرعية . وبما أن المسائل الخارجة عن الاحوال الشخصية والتى تدعو الحالة فيها الى تطبيق قانون أجنبى هى مسائل تكاد تكون نادرة ، فلم تختمر فى المحاكم فكرة تطبيق نظرية الاحالة أو عدم تطبيقها ويساعد على ذلك أن القوانين المدنية والتجارية المختلطة هى قوانين اقليمية بالمعنى الكامل من حيث سريانها على جميع ما يتم فى مصر من الاعمال القانونية بين الاشخاص التابعين لاختصاصها وتطبيق تلك القوانين بحيث لا يكاد يخرج عن اختصاصها غير مسائل محصورة جداً ومنها العلائق القانونية التى تحصل بين أجانب من جنسية واحدة فى غير المواد العينية العقارية وفيها يكون قانونهم الاجنبى هو الواجب التطبيق (بند ٣٩٦) وقد صدر حكم فى موضوع من هذا القبيل طبقت فيه محكمة الاستئناف المختلطة نظرية الاحالة وهو الحكم الوحيد الذى اشرنا اليه فى صدر هذا البند : قررت المحكمة مبدئياً أن القانون الذى يطبق على العقد الحاصل فى مصر بين أجانب من الجنسية اليونانية والواجب تنفيذه فى مصر هو

قضية مصرية حكم فيها بالرجوع من قانون اليونان الى القانون المصرى

قانون جنسيتهم ولكنها بدلا من أن تطبق هذا القانون على العقد وتحكم به فى الموضوع ، التجأت الى قاعدة القانون الدولى الخاص المقررة فى القانون اليونانى بشأن العقود التى تحصل بين اليونانيين فى الخارج وحيث تنص هذه القاعدة على أن هذه العقود تخضع لقانون الجهة التى يجب أن تنفذ فيها فيكون القانون الواجب التطبيق وهو القانون المصرى المختلط (١)

مدى الاحالة

٢٩٦ — مدى الاحالة : يختلف العلماء الذين يقولون بصحة « الاحالة » فى تحديد ميدان تطبيقها وتنقسم الآراء فى هذا الموضوع الى أربعة بالاقل

احالة مطلقة

الرأى الاول : تطبق نظرية الاحالة فى جميع الاحوال وبشكل مطلق وهذه قاعدة المحاكم البريطانية على الخصوص (بند ٢٩١)

احالة فى الاحوال الشخصية

الرأى الثانى : تقصر الاحالة على مسائل الاحوال الشخصية دون غيرها وذلك لأن هذه المسائل خاضعة للقانون الشخصى للانسان فيكون هذا القانون وحده هو المختص ببيان القواعد التى تطبق على من كان تابعاً له . وفى هذا الرأى لا يعمل بالاحالة فى غير الاحوال الشخصية فلا تطبق فيما يتعلق بشكل العقد ولا فى الحكم بصحة الالتزامات أو انقضائها مثلا (بند ٢٩١ و ٢٩٥ و ٢٩٦) ولا فى الاختصاص ولا غيره ماعدا الاحوال الشخصية نفسها

احالة مقصورة على الرجوع لقانون القاضى

الرأى الثالث : تقصر الاحالة على الاحوال التى يؤدى تطبيقها الى الحكم بقانون القاضى فاذا كان قانون القاضى الفرنسى يقضى بالحكم بمقتضى القانون البريطانى باعتباره قانون جنسية الشخص وأحال هذا على القانون الفرنسى باعتباره قانون موطن الشخص فيجب أن يحكم بذلك وهذه الحالة لها اسم خاص عند الالمانيين هو « الرجوع » Rückverweisung وتطبيقها غير مقيد بموضوع فكلما أحال القانون الاجنبى على قانون القاضى باعتباره مثلا قانون الموطن أو قانون

---

[٢٩٥] (١) س م ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ ج ت م ٢٦ ص ٢٢٥ راجع فيه أيضاً بند ٣٩٦

موقع الشيء أو قانون محل العقد أو قانون محل الوفاء وجب الرجوع الى قانون القاضي والحكم بقواعده المبيّنة . وقد أخذ القانون الالماني بهذه الفكرة ولكنه قصرها على حالات مخصوصة فى الاحوال الشخصية (بند ٢٦٨ هنا) وهذه طريقة عمليـة بديعة يتوصل بها لمنع تطبيق القوانين الاجنبية — أو بالحرى لهدم قواعد القانون الدولى الخاص — كلما كان ذلك جائزاً بمقتضى تصريح من تلك القوانين . ويلاحظ أن حكم محكمة النقض والابرام فى قضية فورجو (بند ٢٩٤) لم يكن الا مظهراً من هذه المظاهر غايته تطبيق القانون الفرنسى وتوريث الحكومة الفرنسية أموال المتوفى لمجرد جواز ذلك بمقتضى قانون باڤاريا . ويمكننا أن نسمى هذا النوع « رجوع الانانية » Renvoi d'égoisme لأن مرماه تطبيق قانون القاضي حيث كان يجب تطبيق غيره — مرماه عود منفعة خاصة بعدم تطبيق القانون الاجنبي الذى نص قانون القاضى على تطبيقه ثم «الرجوع» الى أحكام قانون القاضى وتطبيقها لما لم توضع له من الوقائع . وهل يصح ذلك فى ميدان العدالة وفى دائرة تطبيق القانون ؟ هذا ما سنراه فى بند ٢٩٨ „

٢٩٦ مكرراً — نظرية الاحالة كما صورها « بار » : قدم هـذا الاستاذ للمجمع العلمى للقانون الدولى سنة ١٩٠٠ قاعدتين فى شأن نظرية الاحالة وهما :— نظرية بار

القاعدة الاولى : يجب على كل محكمة أن تراعى قانون بلادها من حيث تطبيق القوانين الأجنبية

القاعدة الثانية : ومع ذلك اذا لم يوجد نص صريح يخالف ما سيأتى فانه يجب على المحكمة طبقاً لمبادئ القانون الدولى الخاص أن تحترم :

١) نص القانون الاجنبي الذى يتنازل عن تقييد رعاياه من حيث الاحوال الشخصية وهم فى البلاد الاجنبية ويجعل هذه الاحوال الشخصية محكومة بقانون الموطن أو بقانون الجهة التى حصل فيها العمل القانونى

٢) حكم قانونين أو أكثر من القوانين الأجنبية المؤكد أن واحداً منها

مختص حتما بالحكم فى الدعوى اذا ما اتفق القانونان المذكوران أو القوانين المذكورة على أن يكون الحكم لواحد معين منها[1]

ويلاحظ أن القاعدة الاولى تفترض بلداً (أ) يجعل الجنسية أساساً للقوانين الشخصية وان بلد الجنسية المشار اليها (ب) يجعل الاحوال الشخصية تابعة لقانون البلد (ج) الذى كان موطناً للمتوفى أو الذى حصل فيه العمل المتنازع بخصوصه (وصية مثلا) فاذا كان البلد (ج) هو نفس البلد (أ) فان الاحالة تكون بالرجوع الى قانون المحكمة كما فى القانون الالمانى مادة ٢٧ (بند ٢٦٨) ويجب الحكم طبقاً لقانون القاضى . أما اذا كانت البلد (ج) غير البلد (أ) فانه يحكم بقانون (ج) وفى الحالة الاولى تسمى « الرجوع » Rückverweisung أو Reference back لأنها رجوع الى قانون القاضى وفى الحالة الثانية تسمى « الاحالة » Weiterverweisung أو Further reference وبالفرنسية يجمعهما لفظ Renvoi والحل فيهما واحد وهو الحكم بالقانون الذى حصل الرجوع اليه وهو قانون القاضى أو القانون الذى حصلت الاحالة عليه وهو غير قانون القاضى. والمثل الذى ضرب به وستليك للاحالة هو حالة شخص انجليزى متوطن فى ايطاليا يعمل وصية فى سن العشرين ويموت وتأتى القضية بخصوص صحة الوصية أمام محكمة المانية فحكمها يكون كما يأتى : القانون الالمانى يرشد الى قانون جنسية الميت وهذا يرشد الى قانون موطنه وبما أن قانون موطنه هو الايطالى فتكون الوصية صحيحة لان البلوغ فى القانون الايطالى يكون فى التاسعة عشرة . ولكى تأتى الاحالة أمام محكمة انجليزية ضرب وستليك المثل الآتى : شخص متوطن فى أحدى ولايات امريكا وعمل عقد زواجه فى بلد آخر فأوجب القانون الانجليزى أن يكون الحكم بمقتضى قانون الولاية المذكورة باعتباره قانون موطنه ولكن هذا القانون أوجب الحكم

مثل للاحالة أمام محكمة المانية

أمام محكمة انجليزية

---

[٢٩٦] (١) النشرة السنوية للمجمع العلمى للقانون الدولى السنة الثامنة عشرة ص ٤١ ووستليك ص ٣٤ ،،

فى الاهلية بمقتضى قانون الجهة التى حصل فيها الزواج فاذا كان قانون محل الزواج يتطلب أن يكون الحكم فى الاهلية طبقاً لنصوصه المبيّنة فان القاعدة الثانية من قاعدتى بار تتحقق لأن قانون البلد الذى أحال عليه القانون الانجليزى وهو قانون الولاية الامريكية ، وقانون البلد الذى حصل فيه العقد يتفقان على جعل القانون الاخير هو الفاصل فى أمر الاهلية وفى الوقت نفسه يرى القاضى الانجليزى أن الحكم لا يخلو حاله من أن يكون بواسطة أحد القانونين المذكورين ولذلك قد لا يتردد فى الحكم بمقتضى قانون الجهة التى حصل فيها العقد ولكن اذا كان قانون هذه الجهة يحيل هو أيضاً على قانون جهة أخرى ، مثلا على قانون الجنسية فان القاضى الانجليزى يحكم فى الموضوع برمته طبقاً للقواعد المناسبة لطبائع العلائق القانونية وللقواعد التى تحكم هذه العلائق[٢] (!!)

حالة النظامات المركبة مثل بريطانيا ومصر

وما تجب ملاحظته هنا أن القاعدة الثانية التى وضعها « بار » مبنية على ضرورة عملية يلتجئ معها المتشرع لايجاد حل لا بد من الوصول اليه فى حالة لا تؤدى فيها القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص الى أية نتيجة فلا يتمكن المتشرع من الخروج من هذا المأزق ، بدون أن يلتجئ الى وسيلة من الوسائل كالاحالة أو الرجوع أو ما يشابههما وذلك لأن القاعدة تفترض وجود قانون يتنازل عن حكم الاحوال الشخصية لرعاياه اذا كانوا فى الخارج ويجعلها خاضعة لحكم الموطن الذى اتخذوه فى الخارج . فاذا كان قانون القاضى يرشدنا الى القانون البريطانى مثلا باعتباره قانون جنسية الشخص فانه لا يوجد قانون بريطانى للاحوال الشخصية لجميع البريطانيين بل توجد قوانين مختلفة تحكم هؤلاء الرعايا منها قوانين اسكوتلاندا وايرلاندا وانجلترا ولكن لا يوجد قانون بريطانى واحد للاحوال

(٢) وستليك ص ٣٥ و ٣٦ وهو يتلخص هنا ، بتحكيم هذه القواعد ، من النتائج الغريبة التى يمكن أن تؤدى اليها النظرية وهذه النقطة سيأتى توضيح بخصوصها وقد كذلك فى بند ٢٩٩ ص ٣١٠ ».

الشخصية . فيكون اذاً من المستحيل وجود قانون مبين للاحوال الشخصية فى هذه الحالة . فيجب التفكير فيما يوصلنا الى الحل ؛

حالة بريطانيا

وهنا يقول لنا وستليك ان حالة النظامات الاقليمية المركبة (بند ٦٠) مثل الامبراطورية البريطانية والولايات المتحدة الامريكية لم تخطر على بال واضعى القوانين الايطالية والفرنسية والمصرية مثلا الذين جعلوا الجنسية محوراً للاحوال الشخصية فلا مناص اذاً من اعتبار قانون الجنسية بالنسبة للبريطانيين مثلا هو قانون موطنهم الذى يرتبطون به داخل جنسيتهم السياسية . فيكون قانون الجنسية فى ايطاليا مثلا بالنسبة لبريطانى متوطن فى انجلترا هو القانون الانجليزى ويكون بالنسبة للبريطانى المتوطن فى اسكوتلاند هو القانون الاسكوتلاندى[٣] ؛

التفويض بحسب رأى پييه

ويصل علماء آخرون الى هذه الفكرة بعينها من طريق آخر . فيرى پييه أن يصل الى النتيجة نفسها بما يسميه «التفويض» Délégation وهو غير «الاحالة» فيكون الالتجاء الى قانون الموطن بتفويض من قانون الجنسية[٤] ويرى أرمانجون

الحالة بحسب رأى ارمانجون

أن هذه حالة من الحالتين (والاخرى فى نظره حالة النظامات الشخصية المركبة بند ٦٣ وبند ٢٩٧ هنا) اللتين يجوز فيهما استعمال نظرية «الاحالة» للوصول الى الحل المطلوب ؛ وتعرض نفس الصعوبة التى وضعت من أجلها نظرية « بار » عند ما يشير قانون المحكمة الى القانون المصرى بالنسبة للاحوال الشخصية لمصرى أو لأى شخص آخر : اذ لا يوجد قانون موحد للاحوال الشخصية فى مصر بل توجد قوانين متعددة بتعدد جنسيات الاجانب فى القطر ومتعددة بتعدد أديان المصريين فى القطر . ولا تدخل هذه الحالة صراحةً تحت قاعدة « بار » ولكنها تدخل بحكم كونها متشابهة تمام الشبه مع الحالة التى ذكرها

وهنا أيضاً يحصل الشك فيما هو القانون الذى يوصلنا اليه هذا النوع من

(٣) وستليك ص ٢٩ — ٣٠

(٤) پييه ص ٣١٥ — ٣١٩ وراجع فيما مر هنا بند ١٤٤

الاحالة الذى يمكن تسميته « الاحالة الضرورية » Renvoi de nécessité وذلك الاحالهالضرورية
لان بعض العلماء يرى أن تحصل الاحالة هنا من النظام القانونى البريطانى (وهو اقليمى مركب) أو النظام القانونى المصرى (وهو شخصى مركب) الى القانون الذى أحال عليه كل منهما ومهما كانت طبيعة أو صفة ذلك القانون المحال عليه بلا فرق بين أن يكون أجنبياً أو وطنياً أى تابعاً للنظام المذكور . ويرى البعض الآخر أن تكون الاحالة جائزة فقط الى أحد النظامات المشتركة داخل النظام المركب الذى أشار قانون القاضى بتطبيق قواعده . والرأى الأول يقول به المدافعون عن نظرية الاحالة . والرأى الثانى يقول به من لا يعتقدون بصحة هذه النظرية

٢٩٧ — ويعلم مما تقدم أن پيبه يصل الى رأيه من طريق «التفويض» ليست من نظرية الاحالة فى شىء
من النظام المركب الى أحد نظاماته المشتركة (بند ٦٠) وان هذا التفويض مختلف فى نظره عن « الاحالة » ؛ كما أن ارمانچون يحصل على الحل نفسه من طريق « الاحالة » التى يقول بقبولها فقط فى الحالتين المذكورتين فى البند السابق ؛ والامر الجوهرى فى هذا الموضوع أن التفويض الذى يقول به پيبه والاحالة التى يقول بها أرمانچون فى النقطة المتقدمة ليسا من « نظرية الاحالة » الحقيقية فى شىء ، كما يفهمها ويقول بها المدافعون عنها مثل بار ووستليك : بالنسبة للاول تنص قاعدته على احترام رغبات القانون الذى يتنازل عن تقييد رعاياه من حيث الاحوال الشخصية فى البلاد الاجنبية ، وبالنسبة لوستليك فانه يبدأ كلامه باقتراض يسلم به وهو أن قانون جنسية البريطانيين المتوطنين فى انجلترا والذى يشير اليه قانون ايطاليا مثلا هو قانون موطنهم داخل الامبراطورية البريطانيـة أى قانون انجلترا ومن بعد ذلك فقط يتكلم على الاحالة التى يجيزها قانون انجلترا . ويظهر أن أرمانچون يقبل الاحالة الحقيقية أيضاً فى هذه الحالة بعد أن يجرى احالته الخاصة به من النظام المركب الى أحد نظاماته المشتركة[1] ولـكن هذا يتناقض مع مايقوله

[٢٩٧] (١) راجع كتابه فى طبيعة القانون الدولى الخاص الى آخره ص ٣٣ و٣٤ وقد كان

عن النظرية باعتبارها غير صحيحة[٢]

تفنيد نظرية الاحالة

٢٩٨ — تفنيد نظرية « الاحالة » : اذا نظرنا الى الاحالة من الوجهة النظرية وجدنا أنها طريقة آلية méthode méchanique وأنها ليست واسطة علمية لحل مسائل القانون الدولى الخاص . ومن حيث المنطق هى سفسطة قوامها التلبيس sophisme par équivoque [١] بسبب استعمال لفظ « قانون » بمعنيين مختلفين حيث يُظن أن المعنى واحد . مثلا فى قضية فورجو (بند ٢٩٤) تقول محكمة النقض « ان القانون الفرنسى يحيل على القانون الاجنبى وهذا يحيل على القانون الفرنسى فيجب تطبيق القانون الفرنسى » ولكن لِمَ ينتهى الاستنتاج هنا ؟ ان المنطق يقضى باستمراره فيقال من جديد « والقانون الفرنسى يحيل على القانون الاجنبى وهذا يحيل على القانون الفرنسى » وهكذا لا ينتهى الدور والتسلسل الى الأبد فلأجل الخروج من هذا الدور[٢] الذى لا ينتهى ما دمنا نستعمل الالفاظ التى تستعملها الاحكام ، يجب وضع وصف للفظ «قانون» المستعمل فى الجمل المذكورة ومتى أضيف الوصف ينقطع التسلسل فيقال ان القانون الفُرنسى الدولى يحيل على القانون الاجنبى الدولى وهذا يحيل على القانون الفرنسى الداخلى ولذلك يجب

يجب عليه اذا كان يريد أن يرفض نظرية الاحالة أن يكتفى بالقاعدة الاولى لانها شاملة للثانية أو يكتفى بالثانية وهى أصح من الاولى لان الاولى قد تطوح بنا الى أى قانون للموطن ولو كان خارجاً عن بلاد الجنسية

(٢) قارن ما كتبه عن نظرية الاحالة حديثاً فى مجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ جزء ١٨ ص ٥٦٥ — ٥٨٧ حيث تفادى من ذكر الاحوال التى يجيزها فيها : قارن ما قاله فى ص ٥٨٣ بباقى المقال ابتداء من الاول فلا تجد ما يحيل عليه، بعكس الحال فى كتابه المشار اليه فان استثناءيه واضحان كما تقدم

[٢٩٨] (١) هذا ما قاله العلامة ڤاليرى ص ٦٠٧ ،، والسفسطة قياس مركب من الوهميات والغرض منه افحام الخصم واسكاته والتلبيس من لبس عليه الامر ، بالتشديد ، خلطه وجعله مشتبهاً بغيره وسبب ذلك هنا هو استعمال لفظ يشترك فيه معنيان

(٢) يسمى الدور فى اللغة الفرنسية cercle vicieux وهو فى اللاتينى circulus inextricabilis. وهذا اللفظ مستعمل عند الانجليز

تطبيق القانون الفرنسى الداخلى . بهذا ينتهى الدور والتسلسل ولكن يقع القائل فى السفسطة لأن لفظ قانون قد استعمل بمعنيين مختلفين من أجل الوصول الى هذا الاستنتاج وذلك تحقيقاً للغرض الذى يريده المستنتج ولذلك كان الاستنتاج غير صحيح

أما القول الصحيح فيكون كما يأتى : القانون الفرنسى يحيل الحكم فى مسألة معينة على القانون الاجنبى وهذا يجعل الحكم فيها كذا وكذا ولذلك يجب أن يكون الحكم فى المسألة طبقاً لما يحكم به القانون الاجنبى . فمثلا فى قضية فورجو يكون الحل الصحيح كما يأتى : بما أن الموطن الشرعى لفورجو هو فى باڤاريا فالقانون الفرنسى يقضى بأن يكون ميراثه حاصلا طبقاً لقانون باڤاريا وبما أن قانون باڤاريا يجعل الميراث للحواشى الاقربين فيكون ميراث فورجو للحواشى الاقربين

الاحالة تقتضى التناقض فى الاحكام

٢٩٩ — ان استعمال « الاحالة » يوجب التناقض فى التشريع الواحد كما بينا فى بند ٢٨٥ لأن الفرنسى يكون خاضعاً لقانون جنسيته فى الاحوال الشخصية بينما الاجنبى لا يكون خاضعاً فى فرنسا لقانون جنسيته بل للقانون الذى يشير قانون جنسيته بالاحالة عليه فلا تكون الاحوال الشخصية محكومة فى فرنسا بالنسبة للجميع بقوانين الجنسية بل البعض يكون محكوماً بها والبعض بقوانين أخرى . ولم هذا الفرق ؟ يقول پيبيه ان السبب فى ذلك هو الرجوع الى فكرة الاقليمية بالاعتداء على احوال الانسان الشخصية مثلا واخضاعه الى قانون المحكمة بغير سبب مشروع[1] والواقع أن « الاحالة » طريقة آلية بديعة جداً يتوصل بها لانتهاك حرمة قواعد القانون الدولى الخاص وهى طريقة منظمة للرجوع فى أغلب الاحوال الى قانون القاضى بتصريح منتزع من القانون المختص بالحكم فى الموضوع . على أننى أرى سبباً آخر فانها قد استعملت لاصلاح خطأ تشريعى كبير سائد للآن فى البلاد

---

[٢٩٩] (١) پيبيه ص ١٦٠ حيث يقرر السبب كما يأتى un retour offensif de la territorialité.

التى تدين بفكرة الموطن فى الاحوال الشخصية (بند «١٣٨») ولقد دل على ذلك الخطأ ، محاولة أكبر الكتاب الانجليز اثبات صحة الحل الذى وصلوا اليه باستعمال فكرة الاحالة فكانت عندهم نظرية صائبة لانها أوصلتهم الى حل صائب ما كانوا ليصلوا اليه بدونها وهم يقرون أن عدم الالتجاء اليها يجعل الحل خطأ فاذا ما استعملوها زال الخطأ فدل ذلك على أنهم لا بد أن يخطئوا مرتين ، أو يصلحوا خطأ بخطأ ، حتى يصلوا الى الحل الصحيح

انجلترا تصحح معنى الموطن بالاحالة

الدليل على صحة ما نقول هو المثل الذى أورده العلامة المحقق وستليك فى كتابه (ص ٣٠) و به أظهر أن فكرة الموطن فكرة خاطئة من حيث التشريع وان المحاكم الانجليزية تحسن صنعاً كلما خففت من نتائجها الجائرة وفككت من قيود قوانينها العتيقة التى اصبحت أثرية ومعيقة لتحقيق العدالة بجانب القواعد التى وضعت فى البلاد التى تدين بالجنسية . وهاك المثل :

المثل على ذلك

يجعل المشرع الانجليزى سن الرشد أحدى وعشرين سنة ويجعله المشرع الايطالى تسع عشرة سنة فاذا توطن انجليزى من رعايا الحكومة البريطانية فى ايطاليا وكتب وصية فيها ثم مات فيها فى سن العشرين فانه يعتبر فى نظر المحاكم الانجليزية قاصراً لأن القانون الانجليزى يستبقيه قاصراً فى سن العشرين والمحاكم المذكورة تصل الى هذا الحكم بطريقة تشبه أو تطابق نظرية الاحالة لأنها تضع نفسها موضع المحكمة الايطالية فتقضى بما كانت تقضى به هذه لو جاءت القضية أمامها . واذ كان أساس الاحوال الشخصية فى القانون الايطالى هو الجنسية فتطبق عليه القانون الانجليزى . يقول وستليك هنا « ان هذه النتيجة تطابق النتيجة التى توصلنا اليها نظرية الاحالة ولكن السبب أو الاساس الحقيقى الذى ترتكز عليه هذه النتيجة ليس نظرية الاحالة وانما هو الواجب الذى يقضى بفحص الطبيعة الجوهرية للعلاقة القانونية المقتضى الحكم فيها فى قضية معينة والمعنى الحقيقى لقواعد القانون الدولى الخاص المتبعة فى البلاد ذات الشأن : ان

المشرع الايطالى لا يستطيع أن يطلب الحكم فى مسألة بلوغ الرشد بالنسبة لهذا الانجليزى لأنه لا يستطيع أن يحكم الا فى أهلية رعاياه » ان هذا اعتراف عظيم الشأن من جانب الاستاذ الكبير وهو يريد به أن يقول ان قانون الوطن ليس له سلطان على احوال الانسان الشخصية وان ذلك لايكون الا لقانون جنسيته . وبذلك تحيد المحاكم الانجليزية عن ذلك المبدأ المقدس عندها وهو أن الاحوال الشخصية خاضعة لقانون الموطن وبذلك يقر الاستاذ ومحاكمه بأن قانون الموطن حيثما اتفق لا يصح أن يكون أساساً للاحوال الشخصية . ان الحل الذى وصلوا اليه حل صحيح فى نظرى ولكن لا لأن أساسه نظرية الاحالة ولا لأن القاضى الانجليزى يجب أن يضع نفسه محل القاضى الايطالى ليصدر الحكم الذى كان يحكم به القاضى الايطالى ؛ ولكنه صحيح كما قال وستليك لانه عادل ومطابق للقواعد الاساسية فى القانون الدولى الخاص . وان لهم لحقاً فى تصحيح المعنى الخطأ الذى يفسرون به لفظ « الموطن » وان لهم لحقاً فى تحديده بالموطن داخل حدود الجنسية دون الموطن فى أية جهة أخرى من البلاد الاجنبية كما شرحناه فى بند ١٣٨ ولكن ليس لهم أن يقولوا ان نظرية الاحالة صحيحة لانها أنتجت حلا صحيحاً. لو كانوا يجعلون الموطن مقصوراً كما قلنا لما اضطروا أن يجعلوا قانون ايطاليا حكما فى الموضوع ثم يفرون من حكمه ويرجعون الى قانون الجنسية بتصريح من القانون الايطالى ويقولون فى آخر الامر ان نظرية الاحالة صحيحة لانها أوصلتنا الى حل صحيح

ومما يظهر تناقض محبذى نظرية الاحالة أنهم من أجل الدفاع عن هذه النظرية يضحون كل منطق ؛ وبيان ذلك أنه اذا جاءت القضية هذه المرة أمام القاضى الفرنسى وأراد النافرون من الاحالة أن يقولوا بوجوب الحكم بمقتضى القانون الانجليزى بالنسبة لانجليزى متوطن فى فرنسا قالوا لهم «لاتكونوا ملكيين أكثر من الملك : انكم تريدون أن تجعلوا هذا الانجليزى محكوماً بالقانون

ما صح فى حالة لم يصح فى غيرها

الانجليزى ! ألا فلتذكروا أن هذه المسألة لا يحكم فيها فى انجلترا على مقتضى القانون الانجليزى بل على مقتضى القانون الفرنسى الذى هو قانون الموطن لأنها معتبرة داخلة فى اختصاص قانون الموطن فلمَ هذا العناد فى فرنسا ولماذا التشبث بالقانون الانجليزى اذا كانت انجلترا لا تريد ذلك » ؟ الرد سهل جداً وهو أن المحاكم الفرنسية لا تبحث عن ارادة القانون الانجليزى وانما هى تحكم بما يأمر به القانون الفرنسى(٢) وفوق ذلك هل نسينا ما قاله المدافعون عن النظرية فى قضية الوصية التى جعلها وستليك حجته الاساسية فى وجوب العمل بالنظرية ؟ كيف يقول بأن المشرع الايطالى لا يحكم الا فى الاحوال الشخصية للايطاليين وكيف يقال هنا ان المشرع الانجليزى يريد أن يكون الحكم بقانون الموطن بالنسبة لانجليزى متوطن فى فرنسا ؟ ان اختلاف التعليل ناشئ عن اختلاف الحالتين : فى الحالة الاولى القضية أمام محكمة انجليزية واستعمال النظرية يؤدى الى حل عادل للاسباب التى ذكرناها . وفى الحالة الثانية القضية أمام محكمة أجنبية فاذا طبقت النظرية لم يمكن الدفاع عن صحة الحل الذى تنتجه فيقولون ان القانون الانجليزى يريد ذلك والواقع أنه اذا اقتضى العدل أن تكون الاحوال الشخصية بالنسبة للانجليز محكومة بقانونهم فكان يجب ألا تطبق الاحالة فى الحالة الثانية وهو ما يهدم النظرية فالتجأوا الى تعليل آخر ناقض التعليل الاساسى للدفاع عن النظرية

من اسباب الاحالة الانانية

ومن الاسباب العملية الرئيسية التى أوجبت الالتجاء الى نظرية الاحالة هو ما نسميه « الأنانية » التى تظهر من رجوع القاضى الى قانونه ليحكم بمقتضاه كما حصل فى قضية فورجو مثلا (بند ٢٩٤) فان التعصب للقانون الفرنسى هو الذى أوحى بالحكم المذكور حتى يؤول الميراث لمصلحة الاملاك الفرنسية دون الورثة المقر عليهم فى القانون الذى أشار القانون الفرنسى بوجوب تطبيقه

---

(٢) راجع بييه ص ١٦١ حيث يأسف على أن يكون من أنصار النظرية أساتذة كبار مثل وستليك وبار ؛ ويفهم من كلامه أن أحدهما قد قال بما بين الاقواس فى المتن

دعوياوتفنيدهما

وقالوا ان من مزايا العمل بنظرية الاحالة أن يقضى فى الخلاف نفسه قانون واحد فى بلد القاضى وفى البلد الذى حصلت الاحالة منه : فمثلا فى حالة الانجليزى المتوطن فى فرنسا اذا استعمل القاضى الفرنسى « الاحالة » فانه يقضى بأن تكون أحواله الشخصية محكومة بقانون فرنسا وهو ما يحكم به القاضى الانجليزى اذا كانت القضية أمامه ؛ وقالوا ولذلك يسهل تنفيذ الحكم الذى يصدر بهذا الشكل فى كل من البلدين . ولكن هذا القول باطل ويظهر بطلانه من اعتبار نظرية الاحالة واجباً العمل بها أمام القاضى الفرنسى وغير واجب العمل بها أمام القاضى الانجليزى، لأ ننا اذا قلنا ان الحكم الفرنسى الصادر طبقاً للقانون الفرنسى يطابق ما يحكم به القاضى الانجليزى ذكرنا ذلك ونحن معتبرين أن القاضى الانجليزى لم يستعمل الاحالة لأنه اذا استعملها فى حكمه فقد طبق القانون الانجليزى ولم يطبق القانون الفرنسى وتكون النتيجة أنه اذا طبق القاضيان « الاحالة » فقد اختلف حكمهما كما كان يختلف لو لم يطبقاها سوياً ، أما اذا طبقها أحدهما ولم يطبقها الآخر فانهما قد يتحدان فى الحل وفوق ذلك فان تطبيقها يجعل القاضى فى كل من البلدين يطبق مبدأ غير الذى أقره قانونه فلا يكون القاضى الفرنسى بانياً الأحوال الشخصية على الجنسية ولا يكون القاضى الانجليزى بانياً الأحوال الشخصية على الموطن أى أنه فضلا عن عدم رفع التناقض بين الأحكام فان تطبيق النظرية يؤدى بكل قاض الى مخالفة مبدأ قانونه واتباع مبدأ يمجه هذا القانون وبزوال هذه الحجة ينهار أساس نظرية الاحالة

الاحالة تتنافى مع العدالة

ان قواعد القانون الدولى الخاص مبنية على الحجة وبعد النظر والسعى فى تحقيق العدالة ؛ وفى كل نقطة خاصة لابد من الالتجاء الى البحث عن القانون الذى يلائم طبيعتها ويوافقها أكثر من غيره

ونحن نبذل مجهوداً كبيراً للوصول الى معرفة هذا القانون . أفيكون من المعقول ، بعد أن نصل الى معرفته ، أن لا يؤخذ الحل المباشر للقضية من هذا

الاحالة تمنع من معرفة القانون المختص

القانون نفسه بل من أى قانون آخر تطوح بنا « الاحالة » عليه ، عفواً ولا تبصر ولا روية ولا بحث . وهذا ليس آخر درجات التخبط فى العشواء فان القانون الذى أحالنا عليه القانون الذى أرشدنا اليه قانون القاضى قد يحيلنا هو أيضاً على قانون أجنبي آخر ، وقد يرجعنا اما الى قانون القاضى واما الى القانون الذى أشار اليه قانون القاضى فى أول الأمر كما هى الحال فى الشطر الثانى من القاعدة الثانية من قاعدتى « بار » — كل ذلك غير معقول وكيف يتسنى لأولى الشأن فى العلاقة القانونية أن يتنبئوا بما يمكن أن توصل اليه « الاحالة » ؟

خلاصة البحث

٣٠٠ — النتيجة أننا نرى مع الجمهور الأكبر من علماء العالم (بند ٢٨٦) أن نظرية الاحالة نظرية باطلة وانه كلما أشار القانون باتباع قانون أجنبي فيجب أن يتبع هذا القانون الاجنبي فى قواعده الداخلية أو المبينة للحقوق والواجبات والاحكام ولا يتبع فيما أمر به من قواعد القانون الدولى الخاص التى تحيل على قانون آخر سواء كان قانون المحكمة المنظورة أمامها القضية أو أى قانون آخر . ولا يشذ عن هذه القاعدة الا فى الاحوال التى لا يكون فيها قواعد داخلية فى القانون الذى أشير اليه بأن كان مجموعة من القوانين المشتركة فى نظام مركب شخصى أو اقليمى ففى هذه الحالة ، وهى حالة استحالة طبيعية لا بد من الخروج منها ، يحصل ذلك بالركون الى أحد القوانين المشتركة طبقاً للقاعدة الاساسية المقررة لحل هذه الامور فى القانون المركب الذى أشير الى تطبيقه (١) وهذا الاستثناء لا دخل له فى نظرية الاحالة أو اذا شئت فقل انه احالة للضرورة : انه طريقة لايجاد القانون الواجب العمل به ؛

---

[٣٠٠] (١) ويجب علينا فى هذا المقام أن ننوه بفضل التقاسيم التى ابتكرها الاستاذ أرمانجون فيما يتعلق بالنظامات القضائية (بند ٥٥) فانها وصف صحيح للحالة السائدة فى العالم ونحن على ثقة من أنه اذا انتشرت معرفة هذه التقاسيم وما يلائمها من الاحكام فان مادة القانون الدولى الخاص تزداد جلاء ووضوحاً وتزول حاجة المؤلفين والمحاكم الى التمسك باهداب نظرية الاحالة لتصحيح ما يرون فيه أنفسهم من الخطأ الذى صور لهم وجوب الاخذ بأحكام غير صحيحة يضطرون لتصحيحها بفكرة الاحالة

وفى القضية التى رواها وستليك (بند ٢٩٩) يمكن الوصول الى الحل الصحيح ولكن لا من طريق الاحالة كما يظن وستليك ولا من طريق أن المحاكم الانجليزية تتصور نفسها جالسة بمجالس القضاة الايطاليين ، بل من طريق البحث عن طبيعة العلاقة وفى رأيى الخاص يكون ذلك من طريق تحديد فكرة الموطن بقصره على الموطن داخل حدود النظام المشترك الذى يخضع اليه الشخص من حيث الجنسية السياسية[٢].

* * *

تطبيق الاحالة

هذا ولما كان من المفيد بيان تطبيقات نظرية الاحالة ، رغم كونها نظرية باطلة ، وذلك لأنها متبعة عملا فى بعض محاكم العالم ويقول بها بعض كبار رجال القانون ، فاننا قد رسمنا لها جداول خاصة لبيان الاحوال التى لا تتصور فيها الاحالة بأى شكل من الاشكال، والاحوال التى تتصور فيها من حيث امكان تطبيقها ماديا وبيان درجات وأوجه الاحالة والنتائج المختلفة التى يمكن الحصول عليها . وقد ضربنا لذلك ثلاثة أمثلة ففى الجدول الأول نتكلم على الاحالة فى مسائل الاحوال الشخصية وفى الثانى عليها فى توريث العقارات وفى الثالث فى شكل التصرفات الاختيارية :

---

(٢) راجع ما مر فى بندى ١٣٨ و ٢٩٩

جداول الاحالة

جدول تفسير الحروف المستعملة فى الجداول الآتية



ب ج = بلد من بلاد الجنسية

بر = بريطانيا العظمى

ب م = بلد من بلاد الموطن

س = سكوتلاند

ط = ايطاليا

ك = أمريكا

ق = قانون

ق بر = قانون أو قوانين بريطانيا العظمى

ق ج = قانون الجنسية أو قانون جنسية

ق د = قانون الديانة أو قانون ديانة

ق س = قانون سكوتلاند

ق ق = قانون القاضى

ق م = قانون الموطن أو قانون موطن

ق م ع = قانون موقع العقار

الجدول الاول

الاحوال الشخصية

١ فى ب ج مثل فرنسا يشير ق ق الى ق ب ج مثل ايطاليا	الحل واحد فى كل جهة والذى يطبق هو ق الاحوال الشخصية الايطالى وهنا لا تتصور فكرة الاحالة	
٢ فى ب م مثل أمريكا يشير ق ق الى ق ب م مثل سكوتلاند	الحل واحد فى كل جهة والذى يطبق هو ق الاحوال الشخصية فى س وهنا لا تتصور فكرة الاحالة	
٣ فى ب ج مثل فرنسا يشير ق ق فى الحجر مثلا الى تطبيق ق بر بالنسبة لرجل متوطن فى س فما هو القانون ؟	١) هو فى نظر وستليك ، بدون احالة ، ق س ٢) هو فى نظر بيبه ، بطريق التفويض من ق بر الى ق س ، ق س أيضاً ٣) هو فى نظر أرمانجون بواسطة الاحالة ق س ايضاً .	أى ق من قوانين سكوتلاند أهو المتعلق بالحجر مباشرة أم هو قاعدة القانون الدولى الخاص الموجودة فى ق س بشأن الحجر ؟ راجع ٣*

٣* (١) تقرر تطبيق ق س : اعداء الاحالة يطبقون قواعد هذا القانون الخاصة بالحجر — لا احالة

(٢) « « : القائلون بالاحالة يطبقون قواعد القانون الدولى الخاص فى ق س :

فاذا كان الرجل متوطناً فى س فالاحالة غير ممكنة وتطبق قواعد الحجر والحل واحد فى كل الجهات

واذا كان الرجل غير متوطن فيها فاما الرجوع واما الاحالة :

١ً اذا كان التوطن فى بلد القاضى فيحصل الرجوع الى ق ق

٢ً واذا كان التوطن فى بلد آخر فتحصل احالة ثانية	١) إما الى ق ب ج مثل ط وهنا تستمر الاحالة متسلسلة ما بالرجوع الى ق جنسيته وهو الغالب واما بالاحالة على ق آخر بحسب قواعد الدولى الخاص المعروفة فى ط (بار) ٢) واما الى ق ب م مثل ك وهنا قد تقف الاحالة ويطبق ق الموطن الحقيقى وهو ق البلد الثالث أى ك (بار)

٤ فى ب م مثل ك يشير ق ق فى الاحوال الشخصية الى ق ب ج مثل فرنسا باعتباره محل توطن الشخص	(١) اذا كان القانون المشار اليه هو فى الوقت نفسه ق ج الشخص فلا تتصور الاحالة والحل واحد فى كل جهة (٢) اذا لم يكن هو ق ج الشخص فيصح أن يكون هناك احالة من هذا القانون الى ق ج الشخص ، مثلا الى القانون البريطانى ، ويكون الحل هنا كما فى الحالة ٣ ومن بعدها كما فى الحالة ٣*

الجدول الثانى

التوريث فى العقارات

٥ ق ط يشير ق ق بشأن الارث فى عقار ، الى ق ب ج مثل مصر	يطبق ق د المتوفى مسلماً كان أو غير مسلم ، ولا تنازع ولا احالة (قارن حالة ٣)
٦ ق فرنسا (حيث المواريث فى العقارات خاضعة لقانون موقعها) بشأن الارث فى عقار واقع فيها	يطبق القانون الفرنسى مباشرة ولا تنازع
٧ ق ط (حيث يعمل بقانون الجنسية) يشير ق ق بشأن عقار واقع فى ط الى ق ب ج مثل فرنسا فما هو القانون الفرنسى الذى يطبق ؟	(١) اما قواعد المواريث فى فرنسا : وهذا بلا احالة (٢) واما قاعدة الدولى الخاص المعروفة فى فرنسا وهذه تحيلنا على ق ط باعتباره ق م ع
٨ ق ط يشير ق ق بشأن عقار فى ط مملوك لرجل اسكوتلاندى الى ق ب م مثل بر (حالة ٣) فما هو القانون الذى يعمل به ؟	(١) القانون الاسكوتلاندى فى المواريث وهذا بلا احالة (٢) قواعد الدولى الخاص الموجودة فى ق س وهى تحيل على ق ط باعتباره ق م ع وهنا الحل كما فى حالة ٧
٩ فى انجلترا يشير ق ق بشأن عقار كائن فى ط الى ق م ع وهو ق ط فما هو القانون ؟	(١) اما قانون للمواريث فى ايطاليا ولا احالة هنا (٢) واما قواعد الدولى الخاص فى ق ط وهذه تحيل على قانون الجنسية وهو ق س مثلا اذا كان الرجل اسكوتلانديا والحال هنا كما فى حالة ٣* (٣) واذا أشار ق ط الى قانون ثالث ، الفرنسى مثلا باعتباره ق ج المتوفى فتكون الاحالة كما لو كانت فى حالة ٧

الجدول الثالث

شكل التصرفات الاختيارية

١٠ فى انجلترا يشير ق ق بشأن شكل الوصية الى ق البلد الذى عملت فيه وهو ط ، وهذا يصح أن يكون	(١) القانون الايطالى بشأن شكل الوصية — لا احالة (٢) قواعد الدولى الخاص فى ط وهى اثنتان (بند ٢٦٧) ١ ق ج المتوفى (وهذا جائز لا واجب) فاذا كان ايطالياً فلا تنازع واذا كان فرنسيا فالاحالة جائزة واذا كان انجليزيا فالاحالة جائزة ايضا وتكون للقانون الانجليزى اى يحصل الرجوع لقانون المحكمة وهذا هدم لقاعدة خضوع شكل الوصية لقانون البلد الذى عملت فيه ٢ او ق البلد الذى عملت فيه الوصية اى ق ط فيكون هذا ق ط بشأن شكل الوصية — ولا احالة
١١ فى مصر يشير ق ق بشأن شكل الوصية الحاصلة فى ط الى ق ج المتوفى وهو ق بر طبقاً للمادة ٧٨ مدنى مختلط	(١) اما القانون الانجليزى بشأن شكل الوصية (حالة ٣) ولا احالة (٢) واما قواعد القانون الدولى الخاص فى ق بر بشأن شكل الوصية وهو ق ط باعتباره ق الجهة التى حصلت فيها . وق ط اما ان يطبق فى الشكل واما ان يحيل على ق ج المتوفى كما فى حالة ١٠
١٢ فى مصر يشير ق ق بشأن شكل وصية حصلت فى أمريكا الى ق بر باعتباره ق ج الميت طبقاً لمادة ٧٨ مدنى مختلط	(١) اما القانون الانجليزى بشأن شكل الوصية (حالة ٣) ولا احالة (٢) واما قواعد القانون الدولى الخاص فى ق بر بشأن شكل الوصية وهو ق أمريكا واذا كان هذا يحتم الشكل المرسوم فى ق أمريكا باعتباره قانون الجهة التى حصلت فيها الوصية فيجب الحكم به : احالة طبقا لقاعدة « بار » الثانية الشطر الثانى

الفصل الخامس

تطبيق

القوانين الاجنبية والمعاهدات

واثبات حالتها

واجب القاضى نحو العمل بقانونه

٣٠١ — من واجبات القاضى حينما يقوم باعباء العدالة فى القضايا التى ليس فيها عنصر أجنبى أن يطبق القوانين التى وضعت لمحاكمه ويكون ذلك من تلقاء نفسه حتى فى حالة سكوت المتقاضين عن طلب تطبيق تلك القوانين ومع ذلك فهناك مسائل استثنائية مثل أحكام مضى المدة ليس للقاضى أن يطبق النصوص الخاصة بها الا اذا تمسك بها الخصم صراحة

نحو معرفة الوقائع

أما بالنسبة للوقائع المادية فيجب على القاضى ، طبقاً للنظرية اللاتينية القديمة التى لا تزال معمولا بها للآن ، أن يقتصر على ما يعرضه عليه الخصوم ويجب عليه من باب الحكمة والترفع ، بصفته قاضياً ، أن يتجاهل من الوقائع ما يعلمه أو يصل الى علمه بصفته فرداً من الأفراد

نحو معرفة قانونه

وأما بالنسبة للقانون فالمفروض أنه يعرفه واذا كان فى الواقع يجهل الحكم القانونى فى أمر معين فيجب عليه أن يجتهد فى الوصول الى معرفته ومن مصلحة الخصوم دائماً أن يؤيدوا الآراء القانونية التى يقولون بها ، بالنصوص والمؤلفات والأحكام: يلفتون نظر القضاة اليها ويمكنونهم بالفعل من التأكد من صحتها بعرضها عليهم أو نقلها اليهم وهم فى الواقع يفعلون ذلك كل يوم لأن مصلحتهم تقتضى ذلك .

نحو تطبيق قانون اجنبي ومعرفته

٣٠٢ — القوانين الاجنبية وواجب القاضى نحوها : يجب التساؤل عما اذا كان القاضى مقيداً بالمبادئ المتقدمة من حيث تطبيق القوانين الاجنبية ومعرفتها ؟ الجواب على هذا السؤال مختلف فيه :

الرأى الاول

ففى انجلترا وفى بعض مجموعات القوانين فى البلاد الأخرى (مثل قانون الجمهورية الفضية ، مادة ١٣) يعتبر القانون الاجنبى ، من باب الافتراض فقط ، كأنه مطابق لقانون المحكمة ولذلك يجب على من يريد الانتفاع من قانون أجنبى ، وسواء كان مدعياً أو مدعى عليه ، أن يتمسك بذلك كما يجب عليه أن يثبت اختلاف القانون باعتباره من الوقائع فاذا لم يتمكن الخصم من الاثبات يطبق عليه قانون المحكمة [1]

الرأى الثانى

و بعكس ذلك يرى أغلب علماء القارة الاوروبية ما يأتى :

أولا : ان القاضى مكلف بحكم وظيفته أن يطبق القانون الأجنبى الذى يشير قانونه بوجوب تطبيقه على القضية حتى فى حالة عدم طلبه والتمسك به من جانب أى خصم من الخصوم

ثانياً : ان وجود القانون الاجنبى وألفاظه ومؤداه ليس ذلك كله من الوقائع التى تترك للخصوم ليثبتوها ولكن من واجب المحكمة أن تستعمل كل وسيلة ممكنة لتتوصل لمعرفة حقيقة القواعد المقررة فى القانون الاجنبى الواجب تطبيقه فى القضية

وقد أقر المجمع العلمى للقانون الدولى هذه الآراء الاخيرة ونظم اجراءات خاصة لتتبع من جانب المحكمة حتى تصل الى معرفة القواعد الحقيقية السائدة فى القانون الاجنبى ، بواسطة الطرق السياسية [2]

رأى المحاكم المصرية

٣٠٣ — ومع ذلك فقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة الرأى الاول فى أحد أحكامها فقررت أنه لا يصح لخصم أن يتمسك أمام المحاكم المختلطة بقانون أجنبى الا اذا أمكنه أن يثبت وجوده ويبرز نصوصه [1]

---

[٣٠٢] (١) وستليك ص ٣٩٣ وقايس ٣ ص ١٨٢
(٢) قايس ٣ ص ١٨٩ «
[٣٠٣] (١) س م ٩ يونيه ١٨٩٢ مج ت م ٤ ص ٢٥٥

مزاياه — وهذا الرأى عملى ومفيد لان القضاة يجهلون القوانين الاجنبيـة فى أغلب الاحوال ؛ واذا عرفوها فى زمن معين فمن المحتمل كثيراً أنها تكون قد تغيرت بعد ذلك الزمن أو تكون قد أخذت تفسيراً معيناً بتطبيقها امام محاكم تلك القوانين؛ وهذا الرأى يقتضى وجوب اثبات حالة القانون الاجنبي من جديد فى كل قضية ولو أصبحت المحكمة على علم به من طريق الاثبات الذى حصل فى القضايا السابقة

اخذ رأى الخبراء فى القانون الاجنبي — والقاعدة امام المحاكم الانجليزية أن القوانين الاجنبية يجب اثباتها دائماً بواسطة تقارير من خبراء اخصائيين فيها : حتى فى حالة حصول التمسك بمقتضى نص فى قانون معين لا يكفى مطلقاً ابراز القانون بنصه أمام المحكمة ولا ضرورة لابرازه اذا ما أشار اليه الخبير . اذ يجب أن يؤخذ برأى العلماء فيما يتعلق بالوقائع الخاصة بالعلوم التى اختصوا فيها وتشمل هذه القاعدة الاثبات الذى يقدمه رجال القانون . . . ان المسألة التى أمامنا ليست ماهية ألفاظ القانون وعباراته المكتوبة ولكنها ماهية القانون على العموم كما يظهر من البيان والتفسير وأحكام القضاء[٢]

ما يحصل فى العمل — ٣٠٤ — وليس فى هـذا الموضوع من صعوبة كبرى من الوجهة العملية وذلك لان الخصوم أنفسهم قلما يهتمون بالتمسك باختصاص القوانين الاجنبية والمحامون عنهم قلما يفكرون فى العنصر الاجنبي الموجود فى القضية . ويقتصر القضاة فى العمل ، على فحص أقوال الخصوم وطلباتهم بالنسبة للقانون الواجب التطبيق . ولذلك ففى أغلب الاحوال يمر المحامون والقضاة مر الكرام على مسائل القانون الدولى الخاص حتى من غير أن يسائلوا أنفسهم هل من واجبهم بحث ما اذا كانت ظروف القضية تستلزم أن يطبق قانون أجنبي . وقد رأينا أن هذه الخطة مأمور بها فى بعض القوانين (بند ٣٠٢) حيث يفترض عدم اختلاف القانون الاجنبي عن قانون المحكمة . لذلك كان اهتمام الخصوم ومحاميهم مقصوراً على الاحوال الاستثنائية التى يكون الالتجاء فيها للقانون الاجنبي ظاهر الفائدة بالنسبة لقضاياهم

---

(٢) وستليك ص ٣٩٤ بند ٣٥٦

ويكونون قادرين على اثبات نصوصه وحالته على العموم امام المحكمة وفى هذه الاحوال يجدون أنفسهم مضطرين الى اثبات وجود القانون الاجنبى الذى يدعون وجوب تطبيقه ، واثبات القواعد أو المبادئ التي يتمسكون بها ؛ ويحصل ذلك بابراز شهادات خاصة بالموضوع ومحررة من السلطات الرسمية المختصة أو مذكرات من رجال القانون المشهود لهم بالعلم فى البلاد التي يتمسكون بقانونها[1]

وللقاضى سلطة كبيرة فى التقدير فى هذا الموضوع لأن ما يقدمه الخصوم يجب أن يعتبر كارشاد أو مساعدة له للوصول الى الحقيقة[2] وأما الحكم فى القضية بتطبيق القانون المذكور عليها فهذا هو عمل القاضى وحده ولا يتم الا بعد الابحاث الخاصة التي يجريها فى القضية

تحكيم قانون القاضى

٣٠٥ — وقد يحدث ألا يقتصر الخصوم على عدم طلب الحكم بمقتضى القانون الاجنبى المختص بل يختارون جميعاً قانون المحكمة ويحكمونه فيما بينهم إما صراحة واما ضمنا بأن يتمسك كل منهم بنصوص أو قواعد من هذا القانون ويطلب تطبيقها على القضية . وهذا ما حصل فى احدى القضايا المهمة أمام محكمة المنصورة المختلطة فقد قررت المحكمة أن القانون الواجب تطبيقه بلا شك هو القانون اليابانى باعتباره قانون العلم (بند ٦٧) وهو وحده المختص ببيان حقوق امتياز الديون البحرية وكيفية انقضائها ومع ذلك فقد رأت المحكمة أن الخصوم لم يوجهوا ارادتهم نحو طلب تطبيق القانون اليابانى وقد رجعوا دائماً الى نصوص القانون التجارى البحرى المختلط فكان من اللازم اعتبارهم متفقين على تحكيم نصوص القانون المختلط فى قضيتهم ولذلك وجب على المحكمة أن تطبق هذا القانون نظراً لاتفاقهم عليه[1] .

حكم مختلط

---

[٣٠٤] (١) وفى القانون الانجليزى يصح أن تكون الشهادة حاصلة بالكتابة وبعد حلف اليمين وتسمى affidavit

(٢) وهذا بعكس الحالة فى المحاكم الانجليزية — راجع بند ٣٠٣

[٣٠٥] (١) حكم ٤ ابريل ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٦٩ نمرة ٣٤٢ ثالثاً

نقده — وانى أرى أن هذا الحكم ليس صحيحاً من حيث التطبيق القانونى . ومع اقرارى بأن تطبيق القانون اليابانى قد يؤخر الحكم فى القضية بضعة أشهر ريثما يتأكد القاضى من حقيقة حالة ذلك القانون أو ريثما تصل حقيقته الى علمه ، فانى أرى أن التأخير أقل ضرراً على العدالة من حكم لا تتوافر فيه شروط العدالة والصحة ذلك لأن الاحكام يجب أن تكون مقررة للحقوق التى ثبتت للخصوم بطريقة قانونية ويجب الا تقرر الاحكام للخصوم حقوقاً جديدة لم يكونوا ليعتقدوا أنهم قد اكتسبوها (بند ١٧) وفوق ذلك فالصعوبات العملية فى هذا الموضوع كبيرة : هل يصح للمحامى ، بدون أن يحصل على توكيل خاص ، أن يقبل صراحة أو ضمناً أن يكون الحكم فى القضية طبقاً لأى قانون غير القانون الواجب تطبيقه حقاً وعدالة ؟ ويصح أن يكون الخصوم من القصر فلا يكون لأحد الحق فى قبول الحكم ، بالنيابة عنهم ، بأى قانون غير القانون المختص وفى نظرى يجب حتما لصحة القبول بقانون المحكمة دون القانون المختص ، أن يكون الخصوم ذوى أهلية و يملكون التصرف فى الحقوق المنظورة أمام المحكمة والا وجب على القاضى أن يحكم بالقانون المختص دون غيره . إن ارادة المتعاقدين واجبة الاحترام فى مادة العقود ولكن التمييز واجب بين العقود المعتادة وعقد التحكيم compromis ويشترط القانون لاعفاء المحكمين من اتباع حكم القانون أن يعينوا بصفتهم محكمين مفوضين بالصلح arbitres amiable compositeurs (٧١٨ / ٨٠٧ مرافعات) وهم يحكمون نهائياً [٢] ولا يخفى أن كل هذه الشروط لم تتحقق بدليل أنه لم تحصل الاشارة فى الحكم الى شىء منها فيكون الحكم فى غير محله

رأينا الخاص — ٣٠٦ — الخلاصة أننا نرى وجوب تقيد قضاتنا بتطبيق القوانين الاجنبية كلما كان تطبيقها واجباً بنص صريح فى القانون المصرى أو بموجب قواعد القانون الدولى الخاص الواجب تطبيقها طبقاً للمادة ١١ من القانون المدنى المختلط و ٢٩

(٢) راجع كتاب التنفيذ بند ١٣٧٥

من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية ، وانه يكون دائماً من واجب القاضى أن يسعى بنفسه بكل وسيلة للوصول الى معرفة القواعد المقررة فى القانون الاجنبى الواجب التطبيق وانه يكون للخصوم دائماً الحق فى تسهيل مهمة القاضى ولا يكون عليهم واجب اثبات القانون الاجنبى الا فى أحوال الضرورة [1]

٣٠٧ — المعاهدات وواجب القاضى نحوها : يوجد عدد عظيم من المعاهدات الدولية بعضها يشتمل على نصوص متعلقة بالقانون الدولى الخاص فيجب على القاضى دائماً أن يراعى وجودها متى كانت دولته طرفاً فيها وأن يطبق القواعد المقررة فيها بدلا من القواعد المعتادة فى الموضوع . وله الحق فى تفسيرها كلما كان ذلك ضرورياً لحل المسألة المطروحة أمامه للحكم . ويجب عليه أن يتحقق من وجود المعاهدة بالفعل وهل هى واجبة التطبيق بالنظر لظروف القضية وبالنسبة للخصوم فيها ؛ ومن أجل أن تكون المعاهدة واجبة التنفيذ يجب أن تكون قد عقدت بالفعل وأن تكون المصادقة عليها قد تمت بالفعل وأن تكون واجبة التنفيذ حال توقيع الحكم بمعنى أن لا تكون مجرد مشروع معاهدة أهمل لعدم المصادقة عليه من الدول ذات الشأن وألا تكون قد ألغيت لعدم تجديد مدتها أو بانتهاء المدة المعينة لها اذ أغلب المعاهدات مؤقتة بزمن معين المعاهدات

٣٠٨ — ومن المفيد ملاحظة أن أغلب المعاهدات التى عقدتها مصر مع الدول تأخذ فى مصر شكل القوانين المصرية أو الأوامر العالية أو المراسيم . مثال ذلك جميع القوانين المختلطة التى صادقت عليها الدول والدكريتات المكملة لها مثل دكرتو القناصل (بند ٧٥)ولوائح الجمارك المصرية ودكرتو سنة ١٨٩٦ بخصوص الاتجار بالرقيق وغير ذلك مما يطول شرحه . ومع ذلك فهناك معاهدات لا تأخذ شكل القوانين لأنها سياسية أو تجارية أو متعلقة بمسائل خاصة وليست ذات صبغة عامة مثال ذلك معاهدة السودان والمعاهدات المشار اليها فى بندى ١٢٣ و ١٧١ ،، شكل المعاهدات

---

[٣٠٦] (١) قارن ڤاليرى ص ٥٨٤ ،،

هنا . فجميع المعاهدات التى وافقت عليها مصر يجب حتما أن يطبقها قضاة المحاكم المصرية من تلقاء أنفسهم وكذلك المحاكم القنصلية التى تحكم فى مصر كلما كانت دولة القنصل طرفاً فيها ومصر طرفاً ثانياً فيها

مجهودات بعض الدول

٣٠٩ — هذا ولا يصح أن ننتهى من هذا الموضوع قبل أن نشير الى المجهودات العظيمة التى قام بها أخيراً من طريق المعاهدات والاتفاقات الدولية :—

أولا : بعض الدول من أجل توحيد نظاماتها القانونية والقضائية مثل المانيا فان وحدة القانون فيها أصبحت أمراً واقعاً من ابتداء سنة ١٩٠٠ وقد كان لكل دولة من دولها قبل ذلك قانون خاص به ، وسويسره فانها أصدرت قوانين متعددة فى أوقات مختلفة لتسرى على جميع اقليمها المكون من ست وثلاثين ولاية cantons وقد كان لكل منها قانون خاص به ، وقد اتفقت السويد والنرفيج والدنمارك على اصدار قوانين متفقة فى النصوص فى مواد الكمبيالات والقانون التجارى البحرى والجنسية والشيكات، وعقدت فرنسا مع عدد كبير من الدول اتفاقات خاصة بتنفيذ الاحكام الفرنسية فيها وبالعكس

ثانياً : بعض الدول من أجل توحيد القوانين فى مسائل خاصة [1]

الدول الامريكية

٣١٠ — عقدت الدول الامريكية الجنوبية مؤتمرات عديدة ابتداء من سنة ١٨٧٧ فى مدن مختلفة منها ليما ومونتفديو وواشنطون وكانت نتيجتها وضع مشروعات لسبع معاهدات خاصة بالقانون المدنى والمرافعات والقانون الجنائى والملكية الأدبية والفنية وعلامات التجارة وبراءات الاختراع والقانون التجارى وحق ممارسة الحرف الحرة . وصادق على هذه المشروعات خمس دول وهى الجمهورية الفضية والبرازيل وپيرو وأوراجوى وپاراجوى وبوليفيا وصادقت فرنسا على للمعاهدة الخاصة بحماية الملكية الادبية والفنية[1]

---

[٣٠٩] (١) راجع مايلى وما ذكرناه فى بند ٢٨ وحواشيه فان هذا الموضوع يكمله
[٣١٠] (١) ڤاليرى ص ٤٥ — ٤٦

الدول الاوروبية

٣١١ — وفى أوروبا حاول السنيور مانشينى (بند ٢٤٥) ابتداء من سنة ١٨٦٧ أن يصل الى عقد معاهدات بشأن القانون الدولى الخاص، بين ايطاليا وفرنسا وپروسيا ولكن الحرب الفرنسية البروسية حالت دون وصوله ما تمنى وأخيراً منع ذلك ما استجد من الفتور فى العلائق بين فرنسا وايطاليا على أثر احتلال فرنسا لبلاد تونس

وكان الفضل بعد ذلك لحكومة هولاندا التى عملت بناء على طلب العلامة آسر الاستاذ فى جامعة أمستردام والحاحه فى دعوة الدول الاوروبية الى مؤتمرات مدينة لاهى التى انتجت بعض معاهدات صادق عليها بعض الدول[1]

ومن المفيد هنا ملاحظة أن بعض المحاكم يعتبر الاتفاقات المذكورة كأنها مقررة للقانون العام الواجب الاتباع بين الدول المتمدينة حتى ولو لم يكن بعض الدول طرفاً فيها أو لم يصادق عليها[2]

وسوف نشير الى هذه المعاهدات فى المواضيع الخاصة بها عند دراسة تفاصيل مسائل القانون الدولى الخاص

---

[٣١١] (١) راجع فى تفاصيل ذلك بند ٢٨ حاشية ٢

(٢) راجع ڤاليرى ص ٤٧ •• وقارن ما ورد هنا فى بند ٢١٢

الفصل السادس
طريقة الدراسة فى مصر

٣١٢ — ان اختيارنا للطريقة العملية لدراسة القانون الدولى الخاص يوضح السبيل التى سنتبعها فى دراسة هذا العلم فى مصر (بند ٤٠) لذلك سيكون أساس أعمالنا النصوص القانونيـة المتعلقة بالقانون الدولى الخاص نتولى شرحها ونقدها حيث يجب النقد وسنبين كيف فسرت هذه النصوص فى أحكام المحاكم وكيف كملت . كذلك سنبين عند اللزوم كيف يجب أن تكمل تلك النصوص بالقواعد العامة المقررة فى القانون الدولى الخاص

وكما قدمنا فى ص ٥ سنجعل الكتاب الرابع خاصاً بدراسة تنازع القوانين والاختصاصات فى القطر المصرى ولذلك يكون الكتاب الثالث مقصوراً على دراسة المنازعات الخارجية أى التى تشتمل على عنصر أجنبى خارجى والتى تقابل فى أوربا وأمريكا مسائل القانون الدولى الخاص بالمعنى الحقيقى عندهم تمييزا لها عن المنازعات التى تحصل بين القوانين والمحاكم المختلفة التى تتنازع الحكم داخل القطر المصرى والتى ترد فى الكتاب الرابع

٣١٣ — ومهما كان التفريق فى الدراسة بين هذين النوعين من التنازع محفوفاً بالصعوبات فاننا سنقدم عليه لما نعتقد فيه من الفائدة التى تعود على الموضوع نفسه من حيث الوضوح والاتقان وذلك للأسباب الآتية : —

أولا — ان عدداً كبيراً من المنازعات الداخلية قد أصبح مرفوعاً من يوم أن أنشئت المحاكم المختلطة وسنت القوانين المختلطة

ثانياً — ان عدداً معيناً من المنازعات المذكورة قد وضعت له نظامات خاصة بأن أنشأ له المشرع المصرى محاكم خاصة لحسم النزاع[1]

ثالثاً — أن هناك قاعدة ثابتة متبعة فى مصر فى اختصاص القنصليات فى مسائل الأحوال الشخصية وفى المسائل الجنائية وهى قاعدة أن المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه وهى متبعة أيضاً فى مسائل الاحوال الشخصية أمام المحاكم الاخرى المختصة بها

رابعاً — ان تنفيذ الاحكام الصادرة فى مصر ليس خاضعاً على العموم للاجراءات الخاصة بتنفيذ الاحكام الاجنبية بل هو خاضع لنظام آخر تقل فيه الاجراءات عنها فى تنفيذ الاحكام الاجنبية

خامساً — توجد بعض قواعد خاصة تتبع فى حل بعض المنازعات الداخلية وقواعد خاصة تتبع فى تنفيذ أحكام السلطات الموكول اليها الحكم فى الاحوال الشخصية

وفوق ذلك فهناك أسباب علميــة توجب التفريق فان المنازعات الخارجية تحدث بين نظامين مختلفين ومستقلين مثل النظام المصرى والنظام الفرنسى الاقليمى، أو الانجليزى الاقليمى، ولذلك تكون خاضعة للقواعد المقررة فى القانون الدولى الخاص، بعكس المنازعات الداخلية فانهـا يصح أن تعتبر لحد ما [2] انها مسائل مصرية أو محلية وانها اذا كانت فى بعض الاحوال تشتمل على عنصر أجنبى أى غير مصرى أو وطنى بالمعنى الضيق أو على عنصر الاحوال الشخصية الا أنهـا مع ذلك لا تسبب نزاعاً بين دولتين مختلفتين أو سيادتين مختلفتين (قارن بند ٢٢٣) اذ قد رأينا أن القوانين المختلفة والمحاكم المختلفة التى تتنازع

---

[٣١٣] (١) راجع المواد ٢٢ — ٢٥ ل ت م م الجزء الثانى والمواد ٨٠ — ٨٥ ل ت م أ

(٢) أى انها ليست مسائل مصرية بحتة — راجع بند ٤٧

الحكم بين الناس فى مصر تكوّن فى مجموعها نظاماً واحداً مركباً (بند ٦٢) لذلك كان استبقاء دراسة هذه المسائل الداخلية مفيداً من حيث أنه يخلص دراسة منازعات القانون الدولى الخاص بالمعنى الضيق أو دراسة المنازعات الخارجية ، من التعميم الذى لا ضرورة له ومن التعقيد الذى لا فائدة فيه .

غير ان الفصل بين الدراستين لا يعنى مطلقاً أن قواعد القانون الدولى الخاص ليست ذات تأثير عظيم على دراسة المنازعات الداخلية . ان الأمر بالعكس فاننا سنرى أن هذه القواعد هى التى تلقى النظام والعدالة وترشد الى مراعاة الحقوق الواجبة الاحترام ، فى دراسة المنازعات الداخلية وهى التى توحى بالحلول العادلة فى مادة تحتاج أشد الاحتياج لدخول مبادئ العدل والحق فيها (راجع بند ٤٧) ولا تدل التفرقة بين الدراستين على أن الحلول تكون دائماً مختلفة بحسب ما اذا كانت المنازعات خارجية أو داخلية وذلك لأن المسألة الواحدة كثيراً ما يكون حلها واحداً سواء كانت خارجية أو داخلية — لذلك كانت الدراسات الواردة فى الكتابين الثالث والرابع متممة ثانيتهما للأولى ومكملة لها وليست التفرقة بين الاثنتين بمانعة مطلقاً من أن نضرب الامثال من المنازعات الداخلية أو نبين أحكام بعض هذه المنازعات أثناء البحث فى المسائل الخارجية اذا ما اتفقت الحالتان فى الحكم . وبتعبير آخر سوف يكون الكتاب الرابع متمماً للكتاب الثالث ومشتملا على المسائل الداخلية التى تبقى غير محلولة بعد الانتهاء من الكتاب الثالث

الكتاب الثالث

دراسة الاحوال المهمة

فى المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي خارجي

العنصر الخارجى ٣١٤ — يصح أن يكون العنصر الخارجى[1] فى القضايا التى تطرح أمام المحاكم المصرية أحد الأمور الآتية : —

١) اقتراف أو ارتكاب أو حدوث أى عمل قانونى acte juridique خارج الاقليم المصرى — مثال ذلك العقود والاعمال النافعة والاعمال الضارة التى تحصل خارجه أى جميع الالتزامات التى تعقد أو تتم خارج القطر المصرى أو المياه المصرية

٢) حصول اتفاق فى مصر على أن يكون تنفيذه فى الخارج

٣) حصول اتفاق فى الخارج على أن يكون تنفيذه فى مصر

٤) دخول سفينة أجنبية فى الميـاه المصرية وحصول أى عمل قانونى بخصوصها أو فيها

٥) الدخول فى صلات قانونية مع شخص وجد فى مصر فى وقت معين وهو غير مقيم فيها

٦) كون أحد الخصوم فى أية قضية بعيداً عن القطر المصرى أو لم يتخذ له محلاً فيه

٧) مجرد كون الصلة القانونية واقعة على شيء موجود فى مصر سواء كان عقارا أو منقولا

---

[٣١٤] ـ (١) ـ راجع البنود ٤ و٧ و١٤ بخصوص العنصر الاجنبي وكذلك بند ٣١٢

٨) تأسيس شركات أجنبية أو فى الخارج لتقوم بأعمال خاصة فى مصر
٩) طلب تنفيذ أحكام أجنبية داخل القطر المصرى
١٠) التمسك بالاحكام الاجنبية للاثبات أمام المحاكم المصرية

فى جميع المسائل المذكورة التى تعتبر أمثالا للعنصر الاجنبى ، يحصل دائماً أو يصح أن يحصل نزاع على القانون الواجب التطبيق وعلى المحكمة صاحبة الاختصاص و بتعبير آخر يصح التساؤل عما اذا كانت المحاكم المصرية مختصة بالحكم فى مثل هذه الاحوال ، واذا كانت مختصة فما هو القانون الذى تطبقه للحكم فى القضية ؟

وسيتناول البحث فى هذا الكتاب مسائل المرافعات والاختصاص الدولى والاحكام الأجنبية ثم علائق القانون المدنى فى المسائل الشخصية والعينية والالتزامات ثم علائق القانون التجارى البرى والقانون التجارى البحرى

الفصل الأول

المرافعات المدنية الدولية

القاعدة العامة

٣١٥ — القاعدة العامة المقررة فى قوانين العالم كافة هى أن جميع مسائل المرافعات خاضعة لحكم قانون المحكمة Lex fori بشكل مطلق بمعنى أن المرافعات أمام أى محكمة من المحاكم لا يمكن أن تخضع بأى شكل من الاشكال لحكم قانون أجنبى ومع ذلك فهناك اختلاف فى الرأى على ما يعتبر داخلا ضمن المرافعات وما لا يعتبر وهذا ما سيتضح من الدراسة التالية

أساسها

أما أساس هذه القاعدة فهو أن الاجراءات المتبعة امام أية محكمة محددة بوجهة النظر التى يراها البلد الذى تجلس فيه المحكمة ، من حيث اجبار الخصوم على

الحضور امامها وطرق الاثبات والتنفيذ ونحو ذلك ؛ ومجرد وجود عنصر أجنبي فى القضية لا يصح سبباً للركون الى طرق أخرى غير التى يراها المشرع واجبة الاتباع باعتبارها خير الطرق المؤدية للغرض الذى يتوخاه من القضاء . إن مسائل المرافعات ليست من الحقوق التى يصح للخصوم أن يدعوها لانفسهم لانها انما تمثل الطرق والاجراءات التى يرى المشرع الذى أنشأ المحاكم ، وجوب اتباعها فى محاكمه لموافقتها لوجهة نظره فى حسن سير القضايا وفى الوصول الى تحقيق العدالة[1]

سبب الاختلاف على معنى المرافعات

وأما الاختلاف الحاصل بشأن ما يدخل تحت المرافعات وما لا يدخل فله فى نظرنا سببان : الأول جنوح بعض البلاد الى فكرة الاقليمية المطلقة وقصر تطبيق القوانين الأجنبية على الأحوال الاستثنائية الظاهرة ولهذا السبب قرر علماء الانجليز أن لفظ المرافعات عندهم واسع المدى (بند ٣١٦) والثانى الاتصال الكبير الحاصل بين المرافعات والقوانين الاخرى المقررة للحقوق وهى المدنى والتجارى والتجارى البحرى وصعوبة التمييز فى بعض الأحوال بين ما يتعلق بالمرافعات وما يتعلق بجوهر الحق المقرر باحدى القوانين المذكورة

القانون الانجليزى

٣١٦ — معنى المرافعات فى القانون الانجليزى : يفسر لفظ المرافعات فى هذا القانون بأوسع المعانى فيدخل فيه جميع الوسائل القانونية الموصلة الى الحقوق All legal rem.dies وكل ما يتعلق بتنفيذ الحقوق من دعاوى واجراءات process أى جميع ما يتعلق بالتقاضى أمام المحاكم the whole field of practice كما يدخل فيه جميع ما يتعلق بالاثبات the whole law of evidence وكذلك ما يتعلق بتحديد أجل لسماع الدعوى every rule in respect of the limitation

---

[٣١٥] (١) قارن دايسى ص ٣٧ — ٣٨ و ص ٧٦١ ،، وراجع بند ٢٢٥ هنا . وقارن ما قلناه هنا بما يقال عند البحث فى ماهية القانون الذى تطبقه المحكمة عند صدور قانون جديد هل تتبعه أم تحكم طبقاً للقانون القديم ؟ راجع كتاب المرافعات بند ٦٢٥ ،، وكتاب التنفيذ بند ٢٦١ ،،

of an action[1] وما يصح أن يدفع به المدعى عليه الدعوى وما لا يصح set - off or counter-claim[2] وغير ذلك مما يعتبر عندهم داخلا فى المرافعات وطرق التنفيذ : فهذا يرجع فيه كله الى قانون المحكمة الحاصل أمامها التقاضى أو التنفيذ ولا يلتفت فيه الى حكم أى قانون أجنبى

أما ما يتعلق بجوهر حقوق الخصوم every thing which goes to the substance of a party's rights ولا شأن له فى المرافعات، فيكون الحكم فيه طبقاً للقانون المناسب له the law appropriate to the case[3] ومع ذلك فهناك نقط كثيرة مختلف عليها عندهم

عدم التسليم بقواعده

وقد اختلف معهم أهل القارة الاوروبية فى هذه القواعد وهو ما يدعونا الى تحليل المواضيع المختلفة لنرى ما يحكم فيه قانون المحكمة وما لا يحكم

ايضاح وتحليل

٣١٧ — ويجب قبل البدء فى التحليل أن نبين المعنى المقصود من القول بخضوع المرافعات الى قانون القاضى فهذا معناه أن كل ما هو من المرافعات يتبع فيه ما نص عليه قانون القاضى وما جرت عليه المحكمة التى ترفع أمامها القضية من أصول وقواعد واجراءات فى نظر ما يطرح أمامها من القضايا وما يتخذ بواسطتها من الاجراءات للتنفيذ وللتحفظ ولكن ليس معناه أن هذه القواعد والاصول والاجراءات واحدة حتما فى كل قضية سواء وجد فيها عنصر أجنبى أو لم يوجد . فانه يصح أن توجد فى قانون القاضى أحكام خاصة ببعض المسائل التى يوجد فيها

---

[٣١٦] (١) وذلك غير ما يتعلق بسقوط الحق نفسه بمضى مدة معينة فان هذا يتصل بالحق فلا يخضع لقانون المحكمة وأما ما يتصل بالدعوى وتحديد أجل لرفعها بدون تأثير على الحق نفسه فهذا من أمر قانون القاضى وقد يصعب التمييز بين الحالتين

(٢) ويراد بهذا دعاوى المدعى عليه Demandes reconventionnelles فهذه تقبل أو لا تقبل حسب قانون المحكمة . أما سقوط الدين بالمقاصة القانونية فنظن أن له حكماً آخر لانه من الامور التى ينتهى بها الالتزام فى بعض القوانين على الاقل وهذه نقطة مشكوك فيها

(٣) دايسى ص ٧٦١ — ٧٦٩ وستليك ص ٣٩٠ — ٣٩٣

عنصر أجنبى ؛ كذلك ليس معناه أن الاحكام الاجنبية الصادرة بطريقة قانونية فى البلاد الاجنبية توضع على قدم المساواة مع الاحكام الصادرة من محاكم البلد الذى يطلب تنفيذها فيه ؛ كذلك ليس من معناه أن تكون أهلية الخصوم وحقهم فى رفع الدعوى أو فى دفعها خاضعين لحكم قانون القاضى ، وليس من معناه أخيراً أن لا يتأثر اختصاص المحكمة بوجود عنصر أجنبى ما . ولشرح ذلك نحيل أولا فيما يتعلق بالاختصاص على الفصل الخاص به (بند "٣٣١") وفيما يتعلق بالاحكام الاجنبية على الفصل الخاص بها (بند "٣٤٤") وما عدا ذلك نتكلم عنه هنا

شروط رفع الدعوى

٣١٨ — الشروط اللازمه لرفع الدعوى أو دفعها أمام أى محكمة : وهى المنحصرة فى الصفة والاهلية والكفاءة اللازمةللتقاضى la qualité, la capacité et l'aptitude d'agir en justice هذه كلها خاضعة بالنسبة لكل خصم لحكم قانون جنسيته أو ديانته بحسب الاحوال (بند ١٣٠/١٩٠ مدنى)

الصفة

فاذا كان أحد الخصوم أجنبياً قاصراً فان قانون جنسيته يبين من هو الشخص الذى يمثله أمام القضاء واذا كان أحد المتقاصين شركة من الشركات فان القانون الذى يحكم الشركة (بند "٣٦٤") هوالذى يبين من يمثلها . واذا كان الأمر متعلقاً بافلاس أحد التجار أو غيرهم فان القانون الذى يحكم التفليسة — وهو عادة قانون المحكمة التى حكمت باشهار الافلاس — هو الذى يعين من يقوم مقام المفلس من « وكيل دائنين أى سنديك » أو نحوه . كل ذلك متعلق بالصفة la qualité

وقد حكم بناء على هذه القاعدة بأن وكيل الدائنين المعين من المحاكم الأهلية فى حكم اشهار الافلاس الصادر من هذه المحاكم له صفة قانونية فى تمثيل المفلس أمام المحاكم المختلطة [1]

الاهلية

كذلك يجب توافر نفس الشروط فيما يتعلق بالاهلية la capacité للتقاضى

---

[٣١٨] (١) س م أول مارس ١٨٩٩ مج ث م ٩ ص ١٣٩

أمام أى محكمة أى لمعرفة ما اذا كان الخصم أهلا لذلك أو فى حاجة لأن يمثله وكيل أو غيره أو كان غير أهل بالكلية

جمعية شيفلد — وقد حكم بناء على ذلك أن جمعية صانعى الاسلحة فى مدينة شيفلد بانجلترا لها من الاهلية القانونية ما يكفى لأن تتقاضى امام المحاكم المختلطة ، نظراً لكونها مقراً عليها من البرلمان البريطانى وأهلا للتقاضى فى انجلترا ، كما لها الاهلية اللازمة للدفاع عن مصالح المجتمع الذى تتكون الجمعية من أفراده [٢]

الدائرة السنية — كذلك حكمت محكمة قنصلية هولاندا فى القاهرة بأن الدائرة السنية ، باعتبارها مصلحة عمومية مصرية الغرض منها استثمار جزء من أملاك الحكومة فى مصر ، كان لها الشخصية الكافية لتمكينها من التقاضى امام محكمة هولاندية [٣]

الكفاءة — ويجب التفريق بين الاهلية والكفاءة l'aptitude فان الانسان قد يكون كفءً ولكنه غير أهل للتقاضى فمثلا المرأة الفرنسية المتزوجة لها الكفاءة اللازمة للتقاضى امام المحاكم ولكنها لا تكون أهلا للتقاضى الا اذا كانت حاصلة على تصريح بذلك من زوجها فالكفاءة قد توجد فى الشخص ولكن قد يلزم معها التصريح أو أى اجراء آخر حتى يكون الشخص أهلا للتقاضى

وقد حكم بناء على ذلك — لان القانون الايطالى المدنى يقضى بعدم جواز حضور المرأة المتزوجة امام المحاكم فى قضايا معينة بدون أن تكون حاصلة على اذن من زوجها — بأن الحكم الصادر ضد مثل هذه المرأة بدون اعلان زوجها للحضور امام المحكمة ليأذن لها فى التقاضى وليساعدها فيه فى أمر من الامور التى يجب ذلك فيها قانوناً يعتبر حكما باطلا ولا قيمة له [٤]

الاجانب والاجراءات — **٣١٩** — هذا وحق التقاضى فى مصر بالنسبة للاجانب خال من كل القيود

---

(٢) محكمة التجارة باسكندرية فى ٢ يناير ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ٢٩٢
(٣) حكم القنصلية الهولاندية بمصر فى ٨ مايو ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢٠٦
(٤) س م ٦ يونيه ١٨٩٩ ج ت م ١١ ص ٢٦٩

الاستثنائية التى توجد فى القوانين الاجنبية . فان الكفالة أو الامانة التى يجب على الاجانب فى فرنسا أن يودعوها فى المحكمة قبل رفع الدعوى La cautio judicatum solvi لا يتطلب مثلها فى القوانين المصرية (بند ١٤٩)

وتمنح المساعدة القضائية أو الاعفاء القضائى Assistance judiciaire للاجانب فى مصر بصرف النظر عن جنسيتهم ولكن يجب فى نظرنا أن يكون الاجنبي مقيما فى مصر أو بالاقل موجوداً بها وقت رفع الدعوى حتى يتسنى التثبت اداريا من حالة عدم امكانه القيام بمصاريف الدعوى[٢]

٣٢٠ — بدء الاجراءات امام المحاكم : أول اجراءات التقاضى اعلان يرسل الى المدعى عليه على يد أحد المحضرين أو بواسطة أحد الاشخاص الذين عينهم قانون المحكمة لاعلان صحف الدعاوى امام تلك المحكمة . فاذا كانت الدعوى ستنظر امام المحكمة المختلطة فلا يصح الاعلان بواسطة محضر من المحاكم الاهلية [١] ويجب أن يكتب الاعلان طبقاً للشكل الذى يتطلبه قانون المحكمة و بلغة من اللغات المقررة رسمياً امام هذه المحكمة ؛ ويجب أن يراعى فى تحديد الجلسة مواعيد الحضور المقررة فى قانون المحكمة وعلى الخصوص مواعيد الحضور بالنسبة للمدعى عليهم المقيمين فى الخارج وهى ستون يوماً أو مائة وعشرون أو مائة وثمانون أو ثلاثمائة وستون يوماً بحسب الاحوال (١٩/٢١ مرافعات) ويصح تنقيص هذه المواعيد فى القانون المختلط بأمر من قاضى الأمور الوقتية فى المحكمة المختلطة اذا كان المحل المراد فيه الاعلان قريباً أو كان الأمر يقتضى الاستعجال ويجب اعلان الأمر الصادر من القاضى مع اعلان التكليف بالحضور و يلاحظ أن المواعيد المذكورة هى فى القانون المختلط الذى عدل فى سنة ١٩١٣ أقل منها فى بدء الاجراءات

---

(٢) بخصوص القيود الموجودة فى فرنسا ضد الاجانب راجع فاليرى ص ٦٤١ — ٦٦٩

[٣٢٠] (١) راجع بند ٤٨٥ من كتاب التنفيذ حاشية ١ عليه

القانون الاهلى . وقد نص القانون على أن هذه المواعيد لا تراعى اذا كان الخصم موجوداً بالقطر المصرى فتسرى عليه فى هذه الحالة أحكام المسافة المقررة داخل القطر ولكن من باب الاستثناء يجوز للمحكمة أن تزيد فى هذه المواعيد بالنسبة اليه نظراً لكونه غريباً وأقل علماً بأحوال البلاد ممن هو مقيم فيها ولكونه قد يحتاج الى أوراق أو معلومات من بلده فيرسل فى طلبها (١٩ و ٢٠/٢٢ مرافعات) [٢]

لا محل للمعلن اليه — واذا كان الاعلان مراداً توجيهه الى شخص ليس له محل معلوم فى مصر أو فى الخارج فتسلم صورة الاعلان الى وكيل النائب العمومى فى المحكمة المراد رفع الدعوى فيها وتعلق صورة أخرى فى اللوحة المعدة للاعلانات فى نفس المحكمة [٣]

له محل فى الخارج — أما اذا كان له محل معلوم فى الخارج فيجب أن يذكر المحل فى ورقة الاعلان ويسلم الى وكيل النائب العمومى فى المحكمة التى ستنظر امامها القضية وهذا يرسلها الى وزير الخارجية الذى يرسلها بالطرق السياسية الى المعلن اليه فى بلاده فى محله المعلوم ويعتبر الاعلان حاصلا قانوناً بمجرد تسليمه الى النيابة ولا ينتظر لمعرفة ما اذا كان الخصم قد استلمه بالفعل أم لا وذلك لأن النيابة تقوم بعمل الاعلان من نفسها وليس على الطالب الا تسليمه اليها [٤] ومع ذلك فقد تأثرت هذه القاعدة أثناء الحرب العظمى بسبب عدم امكان تسليم الاوراق لاربابها فراعت المحاكم ظروف الحال وقررت لها الاحكام المناسبة[٥]

---

(٢) راجع هذه المسائل فى كتاب المرافعات بند ٦٤٦ ،،

(٣) فى الشروط اللازمة لصحة الاعلان فى هذه الحالة راجع المرافعات بند ٦٨٣ وفيما يترتب عليه من الاثر راجع البند نفسه والحاشية عليه ص ٤٩٧

(٤) راجع مادة ١٠/٨ مرافعات وكتاب المرافعات بند ٦٨٣ ثالثاً ؛ والفكرة أن سلطة رجال المحاكم المكلفين بالاعلان تنتهى عند حدود البلاد فلا سلطة لهم خارجها ومن جهة أخرى فالعلائق مع البلاد الاجنبية تكون دائماً بواسطة رجال السياسة الموكلين بذلك

(٥) راجع تفاصيل المبادئ التى قررتها الاحكام فى كتاب المرافعات حاشية ٣ ص ٤٩٦ و٤٩٧ وقد زالت أهمية المبدأ الآن برجوع العلائق السياسية والتجارية الى مجراها الطبيعى فى كل بلاد العالم تقريباً

ومما هو جدير بالملاحظة فى التاريخ أن القانون الفرنسى القديم كان يقرر أن اعلان الاجانب يكون بالنداء عليهم رسمياً par cri public عند حدود فرنسا ولكن هذا الاجراء الوهمى ألغى بالامر الصادر فى ابريل سنة ١٦٦٧ واستعيض عنه بالاعلان فى النيابة (٦)

و يعتبر الاعلان فى النيابة بالنسبة لمن لم يكن له محل فى مصر ملجأ أخيراً بمعنى أنه لا يصح اذا كان الشخص معتبراً ذا محل فى القطر المصرى مع وجوده فى الخارج (بند ٨٤) كما أنه لا يصح اذا كان للشخص « محل مختار » فى مصر وكان اختياره بشأن القضية التى سيعلن للحضور اليها امام المحكمة المصرية

الاعلان الى فرع الشركة

واذا كان المدعى عليها شركة أو بيتاً تجارياً له فرع succursale فى مصر فوجود الفرع يقوم مقام المحل المختار بمعنى أن تسليم الاعلان يجوز فيه كما لو كانت الشركة قد اتخذت لها محلا مختاراً فى مصر (قارن بند ٣٣٦)

المعاهدات بخصوص تسليم الاعلان

٣٢١ — الاتفاقات الدولية بخصوص تسليم الاعلانات : هذه الاتفاقات كثيرة وأغلبها حاصل بين حكومتين فقط وأهمها معاهدة لاهى المؤرخة ١٧ يوليه سنة ١٩٠٥ الموقع عليها من خمسة عشر دولة (١) والسارية الآن بين اثنتى عشرة دولة طبقاً للمادة ٢٨٧ من معاهدة فرساى فان هذه المادة نصت على أنه من تاريخ العمل بها يتفق المتعاقدون السامون كل منهم فيما يخصه على أن يعمل بمعاهدة لاهى المذكورة المتعلقة بالمرافعات المدنية ولكن لا يسرى هذا التجديد على فرنسا والبرتغال ورومانيا ؛ وقد نصت المواد السبع الاولى من هذه المعاهدة على تسليم وتسلم أوراق الاعلانات القضائية ؛ وغير القضائية بين الدول المتعاقدة بشرط ألا تشتمل على ما يمس سيادة الحكومة أو الامن العام فى البلاد المراد تسليم

---

(٦) ڤاليرى بند ٥٣٣ ص ٧٣٦

[٣٢١] (١) هى فرنسا والمانيا والنمسا والمجر والبلچيك والدنمارك وأسپانيا وايطاليا ولكسمبورج والنرڤيج وهولاندا والبرتغال ورومانيا والروسيا والسويد وسويسره

الاعلان فيها والغرض منها تنظيم الاجراءات التى يتم بها توصيل الاعلان فعلا الى المعلن اليه[٢]

اتفاق بين مصر والسودان

هذا ولم تدخل الحكومة المصرية فى اتفاقات مع الدول الاجنبية بخصوص هذا الموضوع ومع ذلك فهناك اتفاق بين الحكومتين المصرية والسودانية على تبادل تسليم الاعلانات بين مصر والسودان وعلى تسليم المجرمين الفارّين أو تنفيذ الاحكام الصادرة ضدهم بين البلدين وهو مؤرخ فى ١٧ مايو ١٩٠٢ ومنظم لكيفية التسليم والتسلم [٣]

هذا والاعلانات الصادرة من بلاد أجنبية تسلم فى مصر لاصحابها بواسطة قناصل الدول الاجنبية فى مصر[٤] وذلك اعتماداً على ما لهذه الدول من امتيازات تجيز لها اعطاء الاختصاص لقناصلها فى هذا الموضوع أو بالاقل لا تمنع من ذلك . ويصح أن يكون التسليم بواسطة الحكومة المصرية ؛ أما فى البلاد الاجنبية فان تسليم الاعلانات المصرية يكون بواسطة رجال السلطة المحلية الاجنبية فى بلادها

---

(٢) راجع تفاصيل ذلك فى ڤاليرى ص ٧٤٧ — ٧٥٠ ونحن لم نتعرض للتفاصيل هنا لانها لا تسرى على مصر

(٣) تنص المواد الخمس الاولى المتعلقة بالاعلانات على ما يأتى : ١ — أن يتعهد كل من الحكومتين مبدئياً بأن يجرى اعلان أوراق التكليف بالحضور وغيرها من الاوراق القضائية التى ترسل اليه من جانب الحكومة الاخرى ، ٢ — كل ورقة تسلم لاعلانها تكون على نسختين اذا أمكن ويرفق بها كل المعلومات الموجودة عند الحكومة الطالبة والتى من شأنها بيان المحل الموجود به الشخص المراد اعلانه بقدر ما يستطاع من الدقة ، ٣ — الاعلانات المطلوب تسليمها فى السودان تسلم بواسطة وزارة الحقانية المصرية الى مندوب حكومة السودان بالقاهرة وهذا يتخذ ما يلزم لاعلانها طبقاً للتعليمات الصادرة من الحاكم العام ، ٤ — الاعلانات المطلوب تسليمها فى مصر تسلم بواسطة مندوب حكومة السودان الى وزارة الحقانية المصرية وهذه تسلمها لاربابها بالطرق الادارية ، ٥ — الحكومة المكلفة بالاعلان ترسل الى الحكومة الطالبة ، بالطرق الموضحة فى المادتين ٣ و ٤ ، بعد حصول الاعلان مباشرة ، شهادة مصدقاً عليها رسمياً ومثبوتاً فيها مكان وزمان وطريقة الاعلان واذا كان الاعلان فى نسختين تعاد الثانية منهما مع الشهادة واذا لم يتيسر الاعلان فيصير الاخبار بذلك بنفس الطرق المتقدمة

(٤) قارن ڤاليرى ص ٧٤٦ حاشية ١

وقد حكمت المحاكم الفرنسية بأن المعاهدات لا تغير من القواعد المقررة فى قانون المرافعات من حيث اعتبار الاعلان فى الخارج حاصلا بمجرد تسليم الاوراق لوكيل النائب العمومى فان العبرة تكون دائماً بهذا التسليم (بند ٣٢٠) لا بوصول الاوراق الى أصحابها (٥)

السير فى الدعوى

٣٢١ مكرراً — السير فى الدعوى : يجب على الخصوم أن يحضروا امام المحكمة اما شخصياً واما بواسطة وكيل عنهم يكون تعيينه طبقاً للاصول المقررة فى قانون المحكمة ؛ ويصح أن يكون المحامى مقبولا امام بعض المحاكم وغير مقبول أمام المحكمة المختصة

ويجب أن يتبع قانون المحكمة وحده فى كل ما يتعلق بالاجراءات والمواعيد المتعلقة بقيد الدعوى وبسيرها والاستمرار فيها ؛ ومن أجل أن تصبح القضية صالحة للحكم فيها يجب أن تهيأ له وقد يقتضى ذلك حصول تحقيق حتى يتسنى لمن عليه الاثبات أن يقوم به فما هو القانون الذى يجب أن يرجع اليه فى مادة الاثبات ؟

الاثبات

٣٢٢ — الاثبات والاجراءات الخاصة به Instruction de l'instance: اذا حصل النزاع بخصوص عقد من العقود هل عقد بالفعل أم لا فهل يكون الاثبات بمقتضى قانون فرنسا حيث ادعى أحد الطرفين بحصوله فيها أو يكون بمقتضى قانون المحكمة ؟ يظهر لنا أن علماء انجلترا ومحاكمها يقولون بخضوع الاثبات فى هذه الحالة لقانون المحكمة (١)

---

(٥) ڤاليرى ص ٧٥٠ بند ٥٤٠ والاحكام المشار اليها فيه فى الحاشية ٢ وحجتها فى ذلك أن المعاهدات مبينة فقط لطريقة التسليم

[٣٢٢] (١) راجع دايسى ص ٧٦٦ حيث روى القضيتين الآتيتين تحت رقمى ٨ و ١٠ : ١ — رفع شخص دعوى على آخر يطالبه بدين نشأ فى بلد أجنبى طبقاً لقانون ذلك البلد وقدم المدعى الاثبات الجائز طبقاً لقانون البلد الاجنبى المذكور ولكن هذا الاثبات غير مقبول فى القانون الانجليزى الذى هو قانون المحكمة فيعتبر الاثبات غير مقبول ؛ ٢ — فرنسى تعاقد مع انجليزى فى فرنسا على أن يخدمه من ابتداء تاريخ مستقبل لاجل معين وحصل الاتفاق

القاعدة الانجليزية

ويقولون ذلك فى الوقت الذى يقررون فيه أن الاجراءات الشكلية الواجبة طبقاً لقانون الجهة التى حصل فيها العقد تكفى لجعله صحيحاً من حيث الشكل امام المحاكم الانجليزية : فقد يكون صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذى عمل فيه وفى الوقت نفسه لا يمكن اثباته cannot be evidenced الا بالطريقة التى يتطلبها القانون الانجليزى وبذلك قد يعتبره القانون الانجليزى صحيحاً شكلا ولكنه مع ذلك غير مثبت أو غير موجود ولذلك قال وستليك فى هذه النقطة ان القول بأن العقد صحيح شكلا بدون أن يعمل بالكتابة (لان قانون الجهة التى عمل فيها يبيح ذلك) ولكن لا يمكن اثباته الا بالكتابة [٢] طبقاً لمقتضيات قانون القاضى ، هذا يعتبر تمييزاً حيث لا فرق [٣]

قواعد أخرى

وقال آخرون إن القانون الواجب اتباعه فى مادة الاثبات هو القانون الذى يحكم العلاقة المتنازع فيها مع استثناء القواعد الماسة بالنظام العام فى نظر المحكمة المطروحة امامها القضية [٤] ورأى آخرون ومنهم المشرع الايطالى (بند ٢٦٧ وهنا حاشية ٢ المتقدمة) أن تكون العبرة بقانون محل التعامل

رأينا الخاص

ونحن نرى وجوب التمييز بين نوعين من القواعد فى مادة الاثبات : النوع

شفهياً ولم توجد مستندات كتابية بخصوصه ، وهو عقد صحيح فى القانون الفرنسى الذى حصل العقد تحت لوائه ويصح أن ترفع الدعوى به اذا لم يحصل تنفيذه ومع ذلك فالدعوى لا تقبل به امام المحكمة الانجليزية نظرا لعدم وجود مستند كتابى فلا يجوز للفرنسى أن يثبت حصول العقد امام محكمة انجليزية . راجع أيضاً وستليك بند ٢٠٧ وبند ٣٤٨

(٢) وستليك بند ٢٠٧ و ٢٠٨ حيث يقول ان تطلب قانون المحكمة حصول الاثبات بالكتابة يصح فوق اعتباره من مسائل المرافعات اعتباره متعلقاً بالنظام العام لمنع الناس من شهادة الزور . ولكن هذا غير صحيح لان اختلاف الانظار فى هذه النقطة نسبى وأنه فى حالة صدور قانون جديد يقيد الاثبات يحصل احترام الحقوق التى كان اثباتها سهلا طبقاً لقانون القديم. وثانياً لان طرق الاثبات تعتبر جزءاً من الرابطة القانونية vinculum obligationis كما قال بولتوا (بند ٢٣٦) وكما قررها القانون المدنى الايطالى فى المادة ١٠ حيث نص على أن طرق اثبات الالتزامات تقرر بواسطة قانون الجهة التى تم فيها التعامل

(٣) قارن ما سيأتى فى موضوع العقود واثباتها فى بند ٣٩١

(٤) فاليرى ص ٧٥٢ ،،

الاول ما يتعلق باجازة أو عدم اجازة طريق من طرق الاثبات ، مثل نص المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى مصرى التى لا تجيز الاثبات بالشهادة أو بالقرائن فيما زاد عن عشرة جنيهات مصرية ، والنوع الثانى ما يتعلق باجراءات طريق الاثبات التى يجيزها القانون أو بكيفية الاثبات بالطريقة التى أجازها القانون — النوع الاول يعتبر من القواعد المدنيــة أو التجارية والنوع الثانى يعتبر من قواعد المرافعات والنوع الاول لا يخضع لقانون القاضى بل يخضع للقانون الاجنبى الذى يناسبه ؛ والنوع الثانى يخضع لقانون القاضى بشكل مطلق ولا عبرة فيه بما جاء فى أى قانون أجنبى وعلى هذا التمييز نتكلم عن كل من هذين النوعين من القواعد على حدة ونبين الحكمة فيما يكون لكل منهما من الاحكام

١ — ما هو مدنى وتجارى

٣٢٣ — القواعد المدنية أو التجارية فى الاثبات : ان الغرض من الشكل القــانونى الذى يحيط بالالتزام الاختيارى هو فى الغالب مجرد تمكين الطرفين من الاثبات وهو دائماً متضمن فكرة تسهيل الاثبات عليهما [1] وبما أن الخصوم قد يجهلون فى الغالب وقت التعامل ما هى المحكمة التى يمكن أن يطلب منها تنفيذه أو الحكم فيما ينجم عنه من الخلاف بينهم فلا يكون من المقبول مطلقاً أن يجعل قانون المحكمة التى يمكن أن ترفع فيها القضية هو الحَــكَم فيما يتعلق باثبات وجود الالتزام وقد يكون الاختصاص لمحكمتين أو أكثر وقد تختلف قوانينها فيما تتطلبه من الشروط لاثبات الالتزام . لذلك كانت القاعدة الانجليزية فى هذا الموضوع تحــكمية تجعل لقانون القاضى سلطة على اثبات ما تم من الالتزامات فى البلاد الاجنبية مع ان هــذا القانون لم يكن له أدنى علاقة بالالتزام وقت نشوئه . أما القانون الذى يصح أن يحــكم الاثبات فهو أحد قانونين اما قانون المحل الذى

---

[٣٢٣] (١) نقول ذلك لان الاجراءات الشكلية قد تكون لازمة حتما لوجود العقد قانوناً لا لمجرد الاثبات فمثلا لا يكون عقد الرهن التأمينى الا رسمياً فلا ينعقد الا بالصفة الرسمية كذلك الهبة فى العقار الا اذا أخذت شكل عقد آخر ولكن فيما عدا هذه الاحوال الخاصة وأمثالها فان الشكل مقصود به تمكين الخصوم من الاثبات أو تسهيله عليهم

حصل فيه الالتزام بالفعل lex loci actus وأما القانون الذى يخضع اليه الالتزام على العموم سواء كان قانون الجهة التى حصل فيها أو أى قانون آخر بحسب الموضوع الذى يتناوله الاثبات أى بحسب الاحوال كما يتضح مما يلى :

جواز الاثبات

٣٢٤ — جواز الاثبات على العموم : اثبات الوقائع التى يتوقف عليها وجود الحق يكون طبقاً للقانون الذى يعتبر منشئاً لذلك الحق وهذه القاعدة أساسها مبدأ احترام الحقوق المكتسبة اذ السماح بوجوب احترام الحق المكتسب بصفة أصولية تحت سلطان قانون بلد من البلاد ، فى جميع بلاد العالم الاخرى ، يقتضى أن يكون اثبات الظروف التى نشأ فيها وعنها ذلك الحق ، طبقاً للقانون الذى انشأ الحق نفسه . و بناء على هذه الفكرة يجب ملاحظة المبدأين الآتيين :

١ : طريق الاثبات

(١) تكون طريقة الاثبات الواجب العمل بها هى الطريقة المقررة فى القانون الذى يحكم العلاقة دون الطرق المقررة لمثل هذه العلاقة فى قانون القاضى فاذا كان الأول يجيز الاثبات بالشهادة جازت رغم كون قانون المحكمة لا يجيزها واذا كان لا يجيزها لم تجز رغم كون قانون المحكمة يجيزها [١]

و بناء على هذا المبدأ حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القاعدة كانت فى القانون الايطالى قبل سن القانون المدنى فى سنة ١٨٦٦ أن رجال الدين كانوا هم المكلفين بحفظ سجلات المواليد وكانت لهم صفة فى تدوين ما يبلغ اليهم من الاقرارات رسمياً فى موضوع الابوة والامومة وكون الولد من زواج أو من سفاح ولذلك تعتبر شهادة التنصير أو التعميد Baptême المذكور فيها اقرار الأم بولدها غير الشرعى اثباتاً تاما بما فيها [٢]

كذلك حكم بأن الاقرار بالولد غير الشرعى فى فرنسا بطريق المراسلة أى فى الخطابات لا يعتبر فى حكم الاقرار الرسمى بالابوة ولا يقوم مقامه [٣]

---

[٣٢٤] (١) قارن ڤالبرى ص ٧٥٣ وڤايس ٥ ص ٤٧٤ و٤٨٥ و٤٩١

(٢) س م ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٣١٣

(٣) س م ٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ مج ت م ٨ ص ٣٦

٢ : القرائن

(٢) القانون الواجب تطبيقه على العلاقة هو الذى يبين ما اذا كان ثمت قرائن قانونية تعفى الخصم الذى يدعى أمراً ما من أن يقدم الاثبات على ذلك الأمر مثال ذلك أن القاعدة القانونية المقررة فى مادة ١١٢ /١١٨ تجارى والتى من مقتضاها أن قبول الكمبيالة يعتبر قرينة على وجود مقابل الوفاء ، لا يصح التمسك بها بالنسبة لكمبيالة يحكمها قانون أجنبى لا يقر هذه القاعدة بشكل صريح أو يعج النظرية الفرنسية فى موضوع مقابل الوفاء

فى القانون اليونانى

كذلك قد احترمت المحاكم المختلطة دائماً تلك القرينة المسماة فى القانون اليونانى « قرينة موسيانا » Présomption Muciana والتى من مقتضاها أن جميع ما تقتنيه المرأة أثناء زواجها يعتبر مشترى أو مدخراً من أموال الزوج الا اذا اثبتت المرأة أنها اشترته أو ادخرته من أموالها الخاصة[٤] فهذه قرينة مقررة فى قانون أجنبى وتحترم فيما يدخل تحت حكم هذا القانون من مسائل الاحوال الشخصية وقد أقرتها المحاكم المختلطة بالنسبة لمبلغ أودعته زوجة يونانية فى بنك الخصم والتوفير فادعى الزوج أنه من أمواله فأثبتت الزوجة العكس مع أنه لو لم تكن هذه القرينة واجبة الاحترام ما كان هناك محل لتكليف الزوجة باثبات ملكيتها لمبلغ أودعته هى نفسها وباسمها الخاص فى أحد المصارف[٥]

فى القانون الايطالى

وبمقتضى القانون الايطالى تعتبر المنقولات المملوكة للزوجة ملكا مشتركاً بينها وبين زوجها ما لم تكن مدرجة فى قائمة جرد inventaire خاصة ولذلك لا يصح الحجز عليها من أحد دائنى الزوجة[٦]

---

(٤) راجع س م ٣١ ديسمبر ١٩٠١ مج ت م ١٤ س ٦٩ وس م ٢٣ ديسمبر ١٩٠٢ مج ت م ١٥ ص ٧٢ ومحكمة التجارة المختلطة باسكندرية فى ١٢ ديسمبر ١٩١٨ جازيت ٩ ص ٦٤ نمرة ١٠٢ رابعا

(٥) راجع حكم محكمة التجارة المشار اليه فى الحاشية السابقة

(٦) س م ٧ يونيه ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٧٨

القانون الاسلامى كذلك قررت المحاكم المختلطة أن العرف قد جرى بأن المرأة المسلمة تدخل بجهاز لا يملكه الزوج فلا يجوز الحجز عليه وفاءً لدينه رغم كونه موجوداً فى البيت الذى يملكه الزوج أو يستأجره ويقيم فيه[٧]

قرينة اقليمية ومع ذلك فقد قرر القانون المختلط استثناءً هاماً فى موضوع القرائن وهو أنه قد أنشأ قرينة خاصة اقليمية فى مادة الافلاس بالنسبة لزوجة المفلس فجعل القرينة المذكورة محترمة مهما كانت الشريعة التى تحكم الزواج : قررت المادة ٣٧٤ ت م اعتبار العقارات التى اشترتها زوجة المفلس أو اشتريت باسمها انها مملوكة للزوج وان اثمانها دفعت من ماله وانه يلزم ضمها الى روكية التفليسة ما لم تثبت الزوجة خلاف ذلك . فهذه قرينة قانونية قرر المشرع المختلط وجوب اتباعها بصرف النظر عن أحكام القانون الشخصى الذى يحكم الزواج والمادة ٣٧٤ مكملة بالمادتين ٣٧٢ و٣٧٣ وأحكامها كلها تعتبر استثناء فى الموضوع من حيث عدم الالتفات الى القرائن القانونية التى يمكن أن توجد فى قوانين الاحوال الشخصية التى كانت تعتبر واجبة الاتباع فى العلائق المالية بين الزوجين ، ووجوب وضع قاعدة اقليمية واحدة تطبق على جميع المفلسين بصرف النظر عن القانون الشخصى الذى يكونون تابعين اليه . وتطبق هذه المادة على المرأة المسلمة فيكون واجباً عليها اثبات أن العقارات التى اشترتها فى مدة الزوجية كانت مشتراة من مالها الخاص فاذا لم تستطع اثبات ذلك ضاعت عليها تلك العقارات نهائياً وأخذها دائنو الزوج

٢ — ماهو من المرافعات فى الاثبات **٣٢٥** — قواعد المرافعات فى مادة الاثبات : يتبع فى الاجراءات التى يحصل بها الاثبات قانون المحكمة المنظورة أمامها القضية أى أن كيفية حصول الاثبات طبقاً للطريقة التى أجازها القانون الاجنبى المختص هى الكيفية التى يبينها قانون

---

(٧) راجع تفاصيل هذه النقطة والاحكام الواردة فيها فى كتاب التنفيذ بند ٤٢٢ و٤٢٣ وخصوصا ٤٢٤

القاضي دون غيره من القوانين . فاذا تقرر مثلا أنه يجوز سماع شهادة الشهود لاثبات عقد من العقود فان الطريقة التى بها يؤدى الشهود شهادتهم ووجوب حلف اليمين بطريقة مخصوصة دون أى طريقة أخرى وغير ذلك مما يتعلق بالاجراءات الخاصة باستحضار الشاهد والحصول على شهادته كل ذلك يكون طبقاً لقانون المحكمة ولا يتأثر بحكم أى قانون آخر . وهذه القاعدة لا شك فيها ولا جدال وهى متفرعة عن نفس المبدأ الذى يجعل المحكمة تحكم فى مسائل المرافعات دائماً طبقاً للقانون الجديد دون أى قانون قديم رفعت الدعوى وقت سريانه فقواعد المرافعات السائدة فى محكمة ما ، يجب أن تتبع فيها دائماً سواء كان فى القضية عنصر أجنبى أو لم يكن كما يجب على المحكمة تطبيق القواعد السائدة وقت جلوسها للقيام بمهمتها بدون التفات الى القضايا القديمة والقضايا الجديدة فكما لا يصح العمل فى مسائل المرافعات بقانون قديم كذلك لا يصح العمل فيها بقانون أجنبى . ولزيادة الايضاح نتكلم عن أنواع طرق الاثبات بالايجاز .

الاثبات بالكتابة

٣٢٦ — أولا : الاثبات بطريق الكتابة : ان معرفة ما اذا كان من اللازم لاثبات العقد حصوله بطريقة رسمية أو عرفية تتوقف على القانون الذى يحكم العقد كما قدمنا فى بندى ٣٢٣ و ٣٢٤ فاذا تطلب هذا القانون أن يكون الشكل رسمياً فيرجع لمعرفة ما اذا كان هذا الشكل صحيحاً ومستوفياً لشروط العقود الرسمية ، الى قانون الجهة التى حصل فيها العقد . وهذا القانون نفسه يبين قوة الاثبات المقررة للعقد لأن هذه القوة مستمدة منه . واذا اكتفى قانون العقد بالشكل العرفى فان هذا الشكل يرجع فيه الى قانون الجهة التى حصل فيها العقد .

فى القانون الفرنسى

مثال ذلك القانون الفرنسى يتطلب فى المادة ١٣٢٦ أن تكتب العقود أو السندات العرفية كلها بخط المتعهد أو المقر فاذا لم تكن كلها بخطه فيجب بالاقل أن تكون ممضاة وأن تقترن بالامضاء كتابة ما معناه « يعتمد لحد مبلغ كذا »[1] كتابة

---

[٣٢٦] (١) يجب أن تنتهى بهذا الشكل approuvé ou bon pour mille francs

بالحروف الكاملة . فاذا حصل العقد فى فرنسا وجب أن يكون مكتوباً كله بخط المتعهد أو مشتملا على العبارة المذكورة والا كان باطلا (بند ٣٩١ مكرراً)

أما اذا حصل النزاع بخصوص رسمية العقد أو عدم رسميته أو اذا حصل انكار الامضاء أو الكتابة فان التحقيق فى ذلك كله يكون من شأن قانون المحكمة دون غيره ويجب أن يباح للطاعن اثبات ما يدعى ولا يمكن الاحتجاج ضده بقوة العقد أو رسميته لأن هذه النقطة هى محل النزاع ولا يقبل من شخص دعواه بأن له حقاً مكتسباً فى منع خصمه من اثبات التزوير أو الغش[٢]

التصديق الرسمى ٣٢٧ — ولا بد لقبول السندات الرسمية الاجنبية كمستندات فى الدعوى أن تكون مصدقاً عليها légalisés من أحد قناصل الدولة التابع اليها القاضى ويصدق على امضاء القنصل من وزارة خارجية الحكومة التابع اليها القاضى . وعدم التصديق لا يجعل المستند باطلا أو غير ذى مفعول ولكنه يوقف قوته فى الاثبات لحين اتمام اجراءات التصديق ؛ والاوراق المكتوبة بلغات أجنبية يجب أن تترجم الى لغة المحكمة حتى يصح الاعتماد عليها . ويجب ان تكون الترجمة حاصلة بواسطة القنصل او احد المترجمين الرسميين المحلفين وأن يصادق عليها من القنصل . ومهما كانت صفة المترجم يجوز للخصوم دائماً أن ينتقدوا ترجمته وأن يبينوا اغلاطه او هفواته . أما اثبات تاريخ الاوراق العرفية فانه يتوقف مثل اثبات تاريخ الاوراق الرسمية على قانون الجهة التى كتبت فيها الاوراق وذلك طبقاً لقاعدة أن شكل العقد خاضع لقانون محل تحريره

الترجمة

٣٢٨ — ثانياً : الاثبات بالطرق الأخرى : ليس فى هذا الموضوع من صعوبات خاصة فان القاعدة المتقدمة تشمله كما شملت الاثبات بالكتابة ويجب

ويليها الامضاء ما لم تكن الورقة محررة من التجار أو العمال أو الكرامين أو الخدمة أو المشتغلين باليومية

(٢) ڤارن ڤاليرى ص ٧٥٦

حينئذ التمييز بين مسألة جواز الاثبات أو عدم جوازه — فهذه يحكمها القانون الذى يحكم العلاقة القانونية — ومسألة طريقة تقديم الاثبات وهذه يحكمها قانون القاضى بشكل مطلق (١)

الانابات القضائية

٣٢٩ — الانابات القضائيـة Commissions rogatoires أو Letters of Request فى البلاد الاجنبية : نصت بعض مواد قانون المرافعات مثل ٧٢/٤٦ و١٥٨/١٧٥ و١٧٥/١٩٨ و١٨٣/٢٣١ على جواز انتداب المحكمة أحد قضاتها أو قاضياً آخر هو قاضى المحل الذى يسكنه الشهود أو بعض الخصوم ليسمع شهاداتهم أو أقوالهم بالنيابة عن المحكمة المختصة . وهذا الانتداب سمى كذلك نظراً لما فيه من عمل اضافى يرجى من القاضى القيام به فوق أعماله المعتادة وقد يحدث أن يكون الخصم أو الشاهد أو أى عنصر آخر من عناصر القضية موجوداً فى بلاد أجنبية فماذا يكون حكم هذه الحالة وسلطة القاضى أو المحكمة لا تمتد الى ما وراء حدود بلاده ولا سلطة له ولا حق له على القضاة الاجانب حتى يكلفهم بما يريد طبقاً لقانونه ؟ جرت العادة فيما بين محاكم أغلب الدول أن تطلب المحكمة المختصة اجراء الامر المراد عمله من المحكمة الاجنبية الموجود بدائرتها الشخص أو الاشخاص المراد أخذ أقوالهم أو التحقيق معهم . وقد يظن أن كل ما تتطلبه المحكمة المختصة يمكن عمله بواسطة قناصل دولتها فى البلاد الاجنبية . ولـكن هذا قد لا يتيسر نظراً لعدم وجود سلطة لهؤلاء القناصل على غير رعاياهم وفى البلاد التى ليست فيها امتيازات الاجانب قد لا يكون للقنصل السلطة اللازمة على رعايا دولته وهذا ما يحكم فيه قانون البلد الاجنبى الذى يقيم فيه القنصل (١)

---

[٣٢٨] (١) قارن ڤاليرى ص ٧٥٧ — ٧٦٣

[٣٢٩] (١) فى البلاد التى يكون فيها للاجانب امتيازات ، يكون للقناصل سلطة فى القضاء على رعاياهم ولهـم عليهم سبيل فيما يكلف به القناصل من جانب المحاكم فى البلاد التابع اليها القنصل . أما فى غير بلاد الامتيازات فليس للقناصل أدنى سلطة على رعاياهم أو غير رعاياهم بها يجبرونهم على الحضور أمامهم أو الائتمار بأوامرهم الاخرى وفوق ذلك فبعض البـــلاد

من أجل ذلك اضطرت المحاكم الى الالتجاء للمحاكم المحلية فى البلاد الاجنبية لتقدم لها ما تتطلبه من مساعدة ويحصل هذا الطلب بالطرق السياسية بمعنى أن يرسل بواسطة وزارة الخارجية الى وزارة الخارجية فى البلد الآخر . ومن المقرر قانوناً أن محاكم البلاد الاجنبية ليست مكلفة بالقيام بالمهمة المطلوبة ومع ذلك فانها تقوم بهذه المهمة من باب المجاملة وانتظاراً للمعاملة المتبادلة من جانب المحاكم الاجنبية التى سبق تكليفها بمثل تلك المهمة (٢)

فى مصر والمحاكم المختلطة تلتجئ الى المحاكم الاجنبية للاستعانة بها كما تقوم بما يطلب منها من جانب المحاكم الاجنبية وقد جعلت وزارة الخارجية المصرية مسائل الانابات القضائية من اختصاص ادارة الشؤون الادارية أو العامة فيها طبقاً للقرار الوزارى الصادر منها فى ٤ أغسطس ١٩٢٣ بتقسيم وتنظيم الاعمال فيها (٣) فدل ذلك على أن الحكومة المصرية تجيز رسمياً الانابة القضائية

وقد حكمت المحاكم المختلطة بأنه يشترط لقبول طلب انابة محكمة أجنبية أن يشتمل الطلب — عدا بيان الوقائع تفصيلياً ، واقعة واقعة ، و بدقة تسمح للقاضى الاجنبى بتقدير تعلقها بالموضوع — على بيان أسماء ومحال اقامة الشهود المقيمين فى الخارج والذين تكون شهادتهم ضرورية فى الدعوى (٤)

كذلك حكم بان للشخص الذى يقيم فى سويسره الحق فى أن يطلب من المحكمة المصرية انابة المحكمة السويسرية التى يقيم فى دائرتها لتباشر تحليفه اليمين

لا يسمح للقناصل الاجانب بأى عمل من هذا القبيل لانه يعتبره افتياتاً على حقوق السيادة الاقليمية — راجع — ڤاليرى ص ٧٦٥ ،

(٢) وبعض البلاد لا تقوم بمثل هذه المهمات ومنها أمريكا فتمتنع البلاد الاخرى عن مساعدتها فى هذا الموضوع — ڤاليرى ص ٧٦٨ حاشية ١ وفى الموضوع برمته راجع ص ٧٦٣ — ٧٧٤

(٣) الوقائع الرسمية عدد ٩٥ الصادر فى ٢٩ سبتمبر ١٩٢٣ وعن هذا القرار أخذنا اللفظ العربى للموضوع الذى نحن بصدده

(٤) س م ٤ يناير ١٩١١ جازيت ١ ص ٥٠

المطلوب منه اداؤها أمام المحكمة المصرية [٥]

وحكم أيضاً بانه اذا كان اداء الشهاده حاصلاً فى الخارج بناء على طلب الانابة المرسل من المحكمة المختلطة فلا يكون ثمت محل للبطلان فى اجراءات الشهادة اذا لم يتبع نص المواد ٢١١ و ٢١٦ و ٢١٧ مرافعات مختلط أى اذا لم يحصل اعلان الخصم الآخر بالمحل واليوم والساعة اللاتى يجب أن يحصل فيها استماع الشهود ، أو اذا لم يحصل اعلانه بالحكم أو الأمر الذى يصدر بشأن التحقيق أو تحديد ميعاده ومحله ، أو اذا لم يحصل اعلانه بكشف الشهود وغير ذلك فان هذه الاجراءات انما تطبق فى التحقيق المعتاد الذى يحصل فى مصر ولكنها لا تطبق فى تحقيق يحصل فى الخارج بناء على طلب محكمة مصرية [٦]

تقدير نتائج ما تم بالانابة

هذا وتقدر المحكمة المصرية نتائج التحقيق الذى اجرته المحكمة الاجنبية ، طبقاً للقانون المصرى بصرف النظر عما يقرره القانون الاجنبى الذى حصل التحقيق بواسطة محكمته . فمثلا اذا كان هذا القانون يجعل رأى الخبراء واجب الاتباع (قارن بند ٣٠٣) فان المحكمة المصرية لا تراعى غير ما نصت عليه المادة ٢٤٣/٢٧٨ مرافعات فلا تتقيد برأى الخبراء [٧]

الانابة فى معاهدة لاهى

هذا وقد نظمت اجراءات الانابة القضائية فى معاهدة لاهى المتعلقة بالمرافعات المؤرخة فى ١٧ يوليه سنة ١٩٠٥ والتى اشير الى تجديدها فى المادة ٢٨٧ من معاهدة فرساى وقد شرحتها الحكومة الفرنسية شرحاً مسهباً فى منشور اصدرته وزارة حقانيتها وآخر اصدرته وزارة خارجيتها ادرجت فيهما كل القواعد التفصيلية المتعلقة بالرجوع ولكن فرنسا لم تجدد العمل بمعاهدة لاهى بعد الحرب كما يتبين

---

(٥) محكمة التجارة المختلطة باسكندرية فى ١٢ يونية ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٦٥ نمرة ٥٢١

(٦) س م ٤ مارس ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢١٩ .

(٧) قارن ڤاليرى ص ٧٧٣ بند ٥٥٥

من معاهدة فرساى [٨]

طرق التحفظ والتنفيذ

٣٣٠ — طرق التحفظ وطرق التنفيذ : كل ذلك من امر قانون المحكمة التى التجأ الطالب الى معونتها أو معونة رجالها لاجراء التحفظ أو التنفيذ المطلوب. كذلك تحصل قسمة النقود بين الدائنين او توزيعها عليهم طبقاً لقانون المحكمة التى تباشر القسمة او التوزيع ومع مراعاة امتيازات الديون المقررة فى هـذا القانون وحده . وقد حكمت بذلك المحاكم المختلطة فقضت بأن القسمة المفتوحة امامها لفائدة دائنين من جنسيات مختلفة لا يمكن ان تحصل الا بالطرق المقررة فى القانون المختلط ومع مراعاة الامتيازات المقررة فى القانون المختلط [١]

نفقة المسلمة هل تمتاز ؟

كذلك حكم بأن ليس للمرأة المسلمة التى لها امتياز بالنسبة لدين نفقتها بحسب الشريعة الاسلامية ان تتمسك بذلك الامتياز فى توزيع مفتوح امام المحاكم المختلطة وذلك لأن درجات امتياز الديون يجب ان يتبع فيها القانون المختلط دون غيره [٢]

أحكام خاصة بسبب عدم وجود محل للشخص فى مصر

هذا ولا يوجد فى القانون المصرى اجراءات مشددة خاصة بالاجانب بصفتهم أجانب لا من حيث التنفيذ ولا من حيث التحفظ . ومع ذلك فتوجد بعض اجراءات يصح اتخاذها بسبب كون المدين أو الخصم غير ذى محل أو مقر فى القطر المصرى بصرف النظر عن كونه اجنبياً أو مصرياً . وهى : —

المدين المتنقل

(١) الحجز على المـدين المتنقل La saisie foraine وهو حجز تحفظى يحصل بعد اخذ إذن من القاضى ويتوقع ضـد كل مدين ليس له محل مستقر فى القطر المصرى سواء كان اجنبياً او وطنياً والمسوغ فيـه هو التخوف من اختفاء المدين بامتعته وعدم تمكن الدائن من معرفة مقره الجديد والاصل فى هذا الحجز

---

(٨) راجع الموضوع فى ڤاليرى ص ٧٧٠ — ٧٧٣ ومنشور الحقانية الفرنسية فى كانونيه ١٩١٠ ص ١٩١٠ ومنشور الخارجية فى كانونيه ١٩١١ ص ٧٠٠ وفيهما تدوين جميع القواعد المتعلقة بالموضوع والتى كانت مقبولة فى فرنسا فى ذلك الوقت

[٣٣٠] (١) س م ٢٨ ديسمبر ١٨٩٣ مج ت م ٦ ص ٩١

(٢) س م ٢٦ مارس ١٩٠٠ مج ت م ١٣ ص ٧١

انه كان يتخذ ضد الاجانب ولكنه اصبح عندنا مقصوراً على المعنى السابق [٣]

التنفيذ العقارى والمواعيد

(٢) ان المواعيد المحددة للحضور امام المحاكم المصرية فى مادة نزع الملكية أو التنفيذ العقارى لا تزاد بمواعيد المسافة المقررة لمن كان بعيدا عن الديار المصرية اذا كان محل المدين خارج القطر مثال ذلك المادة ٦٠٧ مرافعات مختلط التى تنص على انه اذا مضى على تسجيل التنبيه العقارى مائة وستون يوماً من تاريخه غير ميعاد المسافة بين مقر المحكمة المختصة بالحجز و بين محل المدين « فى مصر » ولم تسجل على الوجه الآتى بيانه صورة محضر الحجز يبطل فعل التسجيل المذكور بالغائه و يؤشر قلم كتاب المحكمة بذلك من تلقاء نفسه

والأحكام المختلطة سائرة على هذا المبدأ فى كل ما يتعلق بالتنفيذ العقارى

مسائل متنوعة

هذا وسنتكلم عن شروط تنفيذ الاحكام والسندات الاجنبية فى مصر فى بند ٣٤٤ ،، ويكفى أن نلاحظ هنا أنه لا يمكن تنفيذ حكم أجنبى فى مصر الا بعد أن يوضع عليه الأمر بالتنفيذ Exequatur من محكمة مصرية أو قاض مصرى بحسب الاحوال . كذلك يجب تحقق الشرط نفسه من قبل الحصول على حق اختصاص Droit d'affectation على عقارات المدين الموجودة فى مصر بمقتضى حكم أجنبى ؛ ولا يمكن تنفيذ السند الرسمى الاجنبى الا بعد الحصول على حكم مصرى يقضى بما فى السند ، ومع ذلك فالحكم الاجنبى والسند الرسمى الاجنبى يعتبر كل منهما سنداً و بذلك يجوز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير فى مصر بموجبهما بدون حاجة لاذن من أى قاض مصرى وذلك طبقاً للمادة ٤١٠/٤٧١ مرافعات ولكن لا يمكن توقيع حجز تنفيذى لدى الغير بدون الحصول على الامر بالتنفيذ على الحكم الاجنبى ولا الحصول على حكم مصرى لتنفيذ السند الرسمى

(٣) راجع فى هذا الحجز المادة ٦٧٤/٧٦٤ مرافعات وراجع الشرح فى كتاب التنفيذ بند ١٢٨١

الاجنبى . كذلك يعتبر العقد العرفى المحرر فى الخارج سندا يجيز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحفظياً . وتعتبر الكمبيالة المحررة فى الخارج وكذلك السند تحت الاذن كل منهما كافياً لطلب توقيع الحجز التحفظى التجارى حتى ولو كان المدين مقيما فى القطر المصرى وذلك طبقاً للمادة ٦٧٥/٧٦٤ مرافعات

وبعد أن يحصل المحكوم له بحكم أجنبى على الأمر بالتنفيذ من المحاكم المصرية يعتبر حكمه بمثابة حكم مصرى ويجوز تنفيذه فى مصر مثل كل الاحكام المصرية المعتادة . وعلى ذلك يكون القانون المصرى وحده مختصاً ببيان الاجراءات التى تتبع فى التنفيذ والاموال التى يصح حجزها والتى لا يصح

وبناء على هذا المبدأ اذا توقع حجز saisie-arrêt لدى شخص مقيم فى مصر على ما للمدين المقيم فى الخارج فان المحكمة المختصة بالحكم بصحة الحجز تكون محكمة المحجوز لديه المقيم فى مصر . وذلك خلافاً للقاعدة العامة التى تجعل محكمة المحجوز عليه هى المختصة بالحكم فى صحة الحجز . والسبب فى ذلك أن الدين هو فى ذمة المحجوز لديه المقيم فى مصر أى ان المال الذى توقع عليه الحجز موجود فى مصر فكان الاختصاص فيما يتعلق به للمحاكم المصرية وبذلك تقضى المحاكم الفرنسية [٤] ومن جهة أخرى فان اتباع الطريق المعتادة يقتضى أخذ حكم بصحة الحجز من المحكمة الاجنبية المقيم فى دائرتها المدين المحجوز عليه وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه فى مصر الا بعد أخذ الامر بالتنفيذ . لذلك كان اختصاص المحاكم المصرية فى هذا الموضوع ثابتاً فى آخر الأمر فيصح لها أن تحكم فى صحة الحجز مباشرة بدلا من سلوك الطريق الاخرى الطويلة

---

(٤) راجع ڤاليرى ص ٨٢٩

الفصل الثاني

الاختصاص الدولى

Jurisdiction

٣٣١ — نقتصر فى هذا الفصل على الكلام على اختصاص المحاكم المصرية بالقضايا التى يكون فيها عنصر أجنبى خارجى . و بذلك يخرج بالضرورة بيان حدود الاختصاص التى وضعها المشرع المصرى لمحاكمه المختلفة لمعرفة اختصاص كل منها بالنسبة لغيره فان هذا الموضوع لا شأن له مطلقاً بالاختصاص من الوجهة الدولية وقد سبق الكلام عليه فى دروس المرافعات المدنية والتجارية [1] وهو من المسائل الداخلية المصرية ، وسترد دراسة النزاع الذى يحصل فى الاختصاص بين المحاكم المختلفة فى مصر على حدة فى الكتاب الرابع هنا أما دراسة اختصاص المحاكم الاجنبية فى القضايا التى يكون فيها عنصر مصرى فانها من شأن القوانين الاجنبية التى تتقيد بها المحاكم المذكورة ولا شأن للقانون المصرى فيها اللهم الا اذا جىء بالحكم الاجنبى فى مصر وأريد التمسك به باعتباره فاصلا نهائياً فى موضوع النزاع ومانعاً المحاكم المصرية من أن تنظر فى الموضوع من جديد أو اذا أريد تنفيذه فى مصر بمساعدة المحاكم المصرية أو بأمرها فهنالك يكون للقانون المصرى أن يبين ما اذا الحكم يعتبر مانعاً من سماع الدعوى أو جائز التنفيذ فى مصر وهذا ما سنراه فى الفصل الثالث هنا تحت عنوان الاحكام الاجنبية

يتبع القانون المصرى وحده فى الاختصاص الدولى

٣٣٢ — ان اختصاص المحاكم المصرية بالقضايا المتضمنة عنصراً أجنبياً خارجياً هو امر من الامور التى يحكمها القانون المصرى دون غيره من القوانين فاذا نص القانون المصرى على أن قضية متضمنة عنصراً أجنبياً تكون من اختصاص

---

[٣٣١] (١) راجع هنا بخصوصه بندى ٤٦ و ١٨١ والمراجع التى بهما

محكمة مصرية فيجب على هذه المحكمة أن تحكم فيها وليس عليها أن تبحث فيما اذا كان من الممكن تنفيذ حكمها فى البلاد الاجنبية أم لا . و بتعبير آخر ليس لها أن تتقيد بأى قانون أجنبي يحرمها الاختصاص فى هذه القضية ولا بأية قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص تجعل مثل هذه القضية خارجة عن اختصاصها . مثال ذلك المادة ١٤ من القانون المدنى الفرنسى (التى لا مقابل لها فى القانون المصرى) تجعل المحاكم الفرنسية مختصة بالحكم على الاجانب الذين يتعاقدون مع فرنسيين فى الخارج ولو كان هؤلاء الاجانب غير مقيمين أو موجودين فى فرنسا فيجب على القاضى الفرنسى أن يحترم هذا النص ويحكم فى هذه الحالة بالرغم من كونه يعلم أن هذه القاعدة مخالفة للقواعد المقررة فى القانون الدولى الخاص ورغم كونه يعلم أن حكمه هذا لا يمكن تنفيذه خارج فرنسا (بند ٣٤٦ ”)

القواعد العامة

٣٣٣ — اما القواعد العامة التى تحكم موضوع الاختصاص من وجهة القانون الدولى الخاص فقد سبق بيانها فى بند ٢٦٤ و٢٦٥ والتعليق عليها فى بند ٢٧٧ وهى القواعد التى قررها الاستاذ دايسى فى الموضوع وهى قواعد سديدة ومع ذلك فنحن لا نتقيد بها فى مصر باعتبارها قواعد قانونية ثابتة وواجبة الاتباع فى كل الظروف . هى قواعد يمكن بها أن نتفهم النصوص والاحكام المصرية فى فى الموضوع ونكمل بها ما لا حكم فيه عندنا من المسائل بدون أن نحيد عن الطريق المرسومة بالنصوص والاحكام

النصوص المصرية

٣٣٤ — نصوص القانون المصرى فى الاختصاص الدولى من الوجهة

١ — مدنى

المدنية والتجارية هى المواد ١٣ و١٤ من القانون المدنى المختلط اللذين لا نظير لهما فى القانون الاهلى وقد وردت نصوصهما فى بند ١١٤ هنا [1] والمادة ٣٥ من قانون المرافعات المختلط وهاك نصوصها المتعلقة بالموضوع :

---

[٣٣٤] (١) المادة ١٤ م م لم ترد كاملة فى بند ١١٤ ص ١١٣ وهاك بقيتها : « وهذا وذاك بغير اخلال باختصاص المحاكم التجارية فى الاحوال المبينة فى القانون أينما كان المدعى عليه »

الفقرة السابعة : فى المواد التجارية يكلف المدعى عليه بالحضور امام المحكمة التابع لدائرتها محله او المحكمة التابع لها المحل الذى حصل الاتفاق وتسليم البضاعة فيه او المحكمة التى بدائرتها المحل المقتضى دفع القيمة فيه

الفقرة التاسعة : اذا كان محل المدعى عليه بالبلاد الاجنبية ولم يوجد وجه من الأوجه المبينة فى الأحوال السابق ذكرها يستدعى اختصاص احدى المحاكم المصرية برؤية الدعوى ، يكلف المدعى عليه المذكور بالحضور امام المحكمة التابع لها محل اقامة المدعى والا امام محكمة الاسكندرية واذا أقيمت الدعوى فى هذه الحالة امام المحكمة التابع لدائرتها محل اقامة المدعى جاز لرئيسها أن يأذن بناء على طلب المدعى المذكور بتكليف المدعى عليه بالحضور فى المواعيد المقررة فى المواد ٣٧ و ٣٨ و ٣٩ بدون مراعاة مواعيد المسافات

٣٣٥ — نصوص القانون المصرى فى الاختصاص الدولى من الوجهة الجنائية : هى المواد ٢ و ٣ و ٤ من القانون الجنائى الاهلى وهاك نصها : — ٢ — جنائى

المادة ٢ — تسرى أحكام هذا القانون أيضاً مع مراعاة الاستثناء السابق[1] على الاشخاص الآتى ذكرهم : —

أولا — كل من ارتكب فى خارج القطر جريمة من الجرائم الآتية وهى :

(أ) جناية مخلة بأمن الحكومة مما نص عليه فى البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من هذا القانون (أى الجنايات المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج والجنايات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل)

(ب) جناية تزوير مما نص عليه فى المادة ١٧٤ من هذا القانون

(ج) جناية تزييف مسكوكات مما نص عليه فى المادتين ١٧٠ و ١٧١ من

---

[٣٣٥] (١) هذا الاستثناء مراد به اخراج من كان غير خاضع لقضاء المحاكم الاهلية بناء على قوانين أو معاهدات أو عادات مرعية (١ عقوبات) وهؤلاء هم على العموم الاجانب الذين لهم امتيازات أجنبية (بند ١٦٧ و ٢٠٥) الذين لم تتخل عنهم حكومتهم (بند ١٢٥) والاهالى أو المصريين المتمتعين بالحماية الاجنبية (بندى ٢١٠ و ٢١١)

هذا القانون بشرط أن تكون تلك المسكوكات متداولة قانوناً فى القطر المصرى

المادة ٣ — كل مصرى تابع للحكومة المحلية ارتكب وهو خارج القطر فعلا يعتبر جناية أو جنحة فى هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه اذا عاد الى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه

المادة ٤ — لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل فى الخارج الا من النيابة العمومية ولا تجوز اقامتها على من يثبت أن المحاكم الاجنبية برأته مما أسند اليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته

ويلاحظ أن المادة الثانية تعاقب من كان مصرياً من رعايا الحكومة المحلية ومن لم يكن كذلك بعكس المادة الثالثة فانها تشترط الجنسية المصرية والتبعية للحكومة المحلية [٢] والسبب فى الحالة الأولى خطورة الجريمة وكونها مهددة لكيان الحكومة أو سلامتها أو مرافقها الحيوية والسبب فى الحالة الثانية هو علاقة الجنسية التى تربط الفرد بالحكومة فتجعل قوانينها سارية عليه ولو كان فى بلد أجنبى فاذا رجع الى مصر حاكمته محاكمها ولم يكن للدولة الاجنبية التى ارتكبت فيها الجريمة وجه فى طلب المجرم، أولا لأن الحكومة لا تسلم رعاياها (بند ١٤٨) وثانياً لأن عدم التسليم لا ينتج عدم المحاكمة لانها مقررة فى القانون المصرى [٣] فلا يترتب على فرار الجانى الى مصر تخلصه من العقوبة

القاعدة العامة فى الاختصاص المدنى

٣٣٦ — شرح المواد المدنية : بمقتضى هذه المواد تختص المحاكم المصرية بالحكم على كل شخص متوطن أو مقيم أو موجود فى القطر المصرى وبصرف النظر عما اذا كان ذلك الشخص مصرياً أو أجنبياً وبصرف النظر عن المكان أى البلد الذى نشأ فيه الالتزام أو وجد فيه الشيء الذى هو موضوع النزاع

---

(٢) أى عدم الخروج عن سلطة الحكومة المصرية بالحماية الاجنبية (بند ٢١٠ و٢١١)

(٣) لزيادة الايضاح يرجع لكتب القانون الجنائى — مثال ذلك شرح قانون العقوبات للاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٢٥٦ — ٢٦٠

وأساس هذا الاختصاص هو السلطة الاقليمية التى للدولة المصرية على كل الاشخاص الموجودين فى مصر فى أى وقت من الاوقات فانهم يخضعون جميعاً لسلطان محاكمها — وان كان الخضوع غير كامل لأنه يكاد يكون منعدماً فى المسائل الجنائية من جهة ومن جهة أخرى فان المحاكم التى لها هذا الاختصاص المدنى هى محاكم وان كانت مصرية اسماً الا أنها فى الواقع مكونة من اغلبية اجنبية دولية — لمجرد وجودهم داخل الاقليم المصرى ولو لم تدم اقامتهم فيه الا قليلا ما دامت الاجراءات القضائية قد وجهت اليهم اثناء وجودهم فى القطر

بالنسبة للشركات

ومن حيث الشركات الاجنبية التى تتكون فى الخارج ويكون مركزها القانونى بناء على ذلك فى الخارج (بند ٣٦٤ "") فانها تعتبر من حيث الاختصاص مثل الاجنبى الذى لم يكن مقيماً أو موجوداً فى مصر اللهم الا اذا اتخذت لها فرعاً فى مصر فوجود هذا الفرع يجعلها فى حكم المستقرة فى القطر فيجعل لمحاكمه عليها اختصاص اقليمى لأن المفروض أن هذا الفرع يقوم مقام الشركة هنا ويتناول أعمالها المختلفة كما لو كان هو ادارتها الرئيسية فى كل ما يرتبط بعمله . ولذلك فان وجود الفرع هنا لا يخول الاختصاص للمحاكم المصرية على الشركة نفسها فيما لا ارتباط له من أعمالها بالفرع وذلك لأن مركز الشركة هو فى الخارج فهى مبدئياً غير خاضعة لاختصاص المحاكم المصرية ؛ فاذا ما اتخذت فرعاً فى مصر فتعتبر خاضعة لاختصاص محاكم مصر فيما له ارتباط أو تعلق بهذا الفرع دون المسائل الاخرى التى لا يكون للفرع دخل فيها [1]

الفرع والتوكيل

هذا ويجب التمييز فى مثل هذه الاحوال بين الفرع Succursale أو Branch

---

[٣٣٦] (١) قارن س م ٢٣ ابريل ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٧٩ نمرة ٣٠٤ حيث قرر أن محكمة محل الفرع لشركة من شركات الملاحة لا يمكن مقاضاة الشركة امامها الا فيما يتعلق بالاعمال الخاصة بالفرع وراجع أيضاً بند ٣٣٨ رابعاً ، حكم س م ٧ فبراير ١٩١١ ففيه مثل لذلك

و بين مكتب التوكيل Agence أو Agency لأن الفرع يقوم مقام الشركة فى كل ما يتعلق بأعماله أو بأعمال الشركة بواسطته أما الوكيل فانه لا يقوم مقام الشركة الا فى الاعمال الفردية التى يكلف بها وهو مستقل عن الشركة وله شخصية مختلفة عنها بعكس الفرع فهو هو الشركة نفسها اشتق منها ولا وجود له الا بها وهو امتداد لشخصيتها فى البلد الذى أنشئ فيه ولا أهمية للاسم الذى تختاره الشركة فقد تسمى فرعها توكيلا لما يترتب على الاختلاف من اختلاف الاحكام ولكن العبرة بالواقع فقد حكمت المحاكم المختلطة بأن محل التوكيل Agence لاحدى الشركات الأجنبية المشتغلة بالنقل البحرى والذى يوجد به عدد من المستخدمين يدفع أجورهم ومن وظيفتهم استقبال البواخر واستلام وتسليم شحنتها ، يعتبر لا محالة فرعاً للشركة لا مجرد توكيل بسيط ويكون لمديره صفة فى تمثيل الشركة امام القضاء فى كل ما يتعلق بالشحن التى سلمت فى مصر لأن هذا التسليم يدخل فى اختصاصه(٢)

الشركات التى لا عمل لهــا فى غير مصر

أما من حيث الشركات الاجنبية التى ليس لها أعمال فى غير مصر فان المحاكم المختلطة تعتبرها خاضعة للقضاء المختلط بالرغم من كون مركزها ليس فى مصر وحتى بالرغم من كونها عاطلة عن الفروع فى القطر المصرى وعن مكاتب خاصة بها وموظفين مقصورين على القيام بأعمالها بل تشتغل بواسطة موظفى شركة أخرى وفى مكاتب هذه الشركة وذلك حتى لو كانت الدعوى شخصية منقولة وسببها أعمال اتفق عليها مع الادارة الرئيسية فى الخارج (٣)

---

(٢) س م ٩ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٣٨ نمرة ٤١٢ وس م ٢٣ ابريل ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٧٩ نمرة ٣٠٤

(٣) س م ٦ يناير ١٩١١ جازيت ٩ ص ٧٩ نمرة ١٢٧ قضية هنرى أرنست جارل ضــد البنك العقارى الشرق وهى شركة فرنسية ولكن كل أعمالها فى مصر فقررت المحكمة أن مثل هذه الشركات يجب أن تخضع للقضاء المصرى بحكم وجودها هنا لمباشرة عملها الرئيسى أو الوحيد وفوق ذلك فاذا كانت المحاكم الاجنبية وحدها هى المختصة دون المحاكم

الاستثناءات

الاستثناءات من القاعدة المتقدمة : هذه الاستثناءات على نوعين النوع الأول يتعلق بالاشخاص فتخرج طائفة منهم عن حكم المحاكم المصرية . والنوع الثانى يتعلق بمواد معينة تخرج عن اختصاص المحاكم المصرية لاسباب خاصة

١ — بالنسبة للاشخاص

الاستثناء الاول : ليس لمحكمة من المحاكم المصرية حق الحكم بالنسبة لاشخاص معينين وهم : —

الملوك

أولا : الملوك الاجانب أو الممثلين لحكومات أجنبية على التفاصيل التى وردت فى بند ٧٢

السفراء

ثانياً : المعتمدون السياسيون الاجانب على التفاصيل التى وردت فى بند ٧٣

القناصل

ثالثاً : القناصل الاجانب على ما ورد فى بندى ٧٤ و ٧٥ ومعلوم أن للمحاكم المختلطة اختصاص محدود فيما يتعلق بالقناصل والمعتمدين السياسيين وأن هذا الاختصاص واقع على المسائل المدنية والتجارية بلا شك ولا جدال . أما فيما يتعلق بالمسائل الجنائية الداخلة فى اختصاص المحاكم المختلطة فقد كان فى الأمر شك غير أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت بصفتها محكمة للنقض والابرام (بند ١٨٨) أن دكرتو ١٩٠١ الخاص بالقناصل والمعتمدين السياسيين ومن يليهم من الموظفين والقواسين لا يسرى على المواد الجنائية فلا يكون للمحاكم المختلطة عليهم سبيل فيها — لذلك لا تكون مختصة بالحكم فى مخالفات التنظيم التى يرتكبها أحد القواسين(٤) وهذه نتيجة محزنة لأن القواس يكون فى هذه الحالة غير محاسب

المصرية فان الحكم الاجنبى الذى يصدر لا بد أن يؤتى به لمصر لينفذ فيها وحينئذ يرفع أمر تنفيذه الى المحاكم المختلطة فكان الاختصاص حقا على كل حال بالنسبة للمحاكم المختلطة (قارن بند ٣٣٠ ص ٣٥٤ بخصوص الاختصاص فى حجزما للمدين لدى الغير)

(٤) س م نقض وابرام ١٧ ديسمبر ١٩١٣ جازيت ٤ ص ٤٠ نمرة ١٠٠ الذى الذى نقض حكم محكمة بور سعيد فى الموضوع وقد ارتكن حكم النقض على أسباب تاريخية وردت فيه فيما يتعلق بالاعمال التحضيرية للدكرتو المذكور

بالكلية على ما يرتكب من الاعمال المخالفة للتنظيم لأن المحاكم المحلية لا تكون مختصة والمحاكم القنصلية لا يمكنها أن تحاكمه من أجل مخالفته للقانون المصرى المتعلق بالتنظيم اذ القاعدة أن محاكم أى بلد لا تحكم بالقوانين الجنائية المتبعة فى بلد آخر (آخر هذا البند) فيفلت من المحاكمة مع أن هذه المخالفة متعلقة بأمر جوهرى هو نظام المدن وتخطيطها وكان يجب أن يكون هذا كله من اختصاص المحاكم المحلية تطبق فيه القانون المحلى

القوات الحربية

رابعاً : القوات الحربية الاجنبية على ما مر فى بند ٧٦ وقد طبق هذا المبدأ فى قضايا كان المدعى فيها أحد ضباط جيش الاحتلال البريطانى فقبلت منه الدعوى باعتباره راضياً بحكم القضاء المختلط (البند التالى) ولكن لم تقبل الدعوى الاصلية عليه من الغير نظراً لامتيازه هذا ، المقرر بالقانون الدولى العام (٥)

خامساً : الاجانب التابعون لدول متمتعة بالامتيازات الاجنبية (بند ١٦٧) فانهم لا يخضعون فى المسائل الجنائية لاحكام المحاكم المصرية من أهلية ومختلطة على التفاصيل التى وردت فى بند ١٩٠ ،، وفى المسائل المدنية غير العينية العقارية المصرية لا يخضعون لهذه المحاكم فى القضايا الحاصلة بينهم وبين من كانوا من جنسيتهم فقط ؛ وفى مسائل الاحوال الشخصية لا يخضعون لهذه المحاكم فى الدعاوى الاصلية المرفوعة بتلك المسائل (بند ١٨٢)

الحكومات الاجنبية

سادساً : الحكومات الاجنبية لا تخضع لحكم غير محاكم بلادها وينبنى على ذلك عدم اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للحكومات الاجنبية (٦) . وهذه هى القاعدة العامة فى القانون الدولى وأساسها احترام سيادة الدولة الاجنبية واستقلالها وعدم وجود سلطة قانونية تستطيع التنفيذ ضد الدولة الاجنبية (قارن

---

(٥) راجع حكم المحكمة الجزئية المختلطة باسكندرية فى ٤ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٥٦ نمرة ١٦٤ وقد قررت المحكمة أن القاعدة المتبعة بدكرتو القناصل يصح أن تتبع فى حالة رجال الجيش المحتل

(٦) س م ٢٥ مايو ١٨٩٣ مج ت م ٥ ص ٢٧٤

بند ٧٢) ولكن استثناء من هذه القاعدة تختص المحاكم المختلطة فى قضايا الحكومات الاجنبية فى الاحوال الآتية : —

(١) اذا رفعت القضية أمامها حكومة أجنبية برضاها واختيارها بصفتها مدعية وفى هذه الحالة تعتبر متنازلة عن امتيازها (البند التالى) (٧)

(٢) اذا كانت الدعوى متعلقة بأموال موجودة فى القطر المصرى سواء كانت منقولة أو عقارية وما دامت الدعوى لا تمس سلطة الحكومة من الوجهة السياسية أو الادارية لأن التنفيذ يكون ممكناً فى هذه الحالة مع بقاء الاحترام اللازم لسلطة الحكومة الاجنبية بصفتها حكومة : مثال ذلك الدعاوى التى ترفع على حكومة أجنبية بشأن عقارات مصرية أو تركات آلت الى تلك الحكومة من رعاياها الذين توفوا بمصر(٨)

(٣) اذا كان العمل المنسوب الى الحكومة الاجنبية واقعاً من موظفيها

---

(٧) س م ٢٩ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٣٤ القضية خاصة بطراد حربى هولاندى اسمه جلدرلاند Gelderland والقضية معروفة بهذا الاسم وكان هذا الطراد داخلا فى ميناء بور سعيد فصدمته باخرة تجارية بريطانية كانت خارجة من الميناء فرفعت الحكومة الهولاندية دعوى التعويض امام المحاكم المختلطة وسيرد بحث هذه القضية من وجهة أخرى فى بند ٣٣٨ ويلاحظ هنا ان الحالة المذكورة هى الوحيدة التى تقبل فيها الدعوى امام المحاكم البريطانية بعكس الحالتين التاليتين

(٨) قارن حكم س م ٩ مايو ١٩١٢ مج ت م ٢٤ ص ٣٣٠ جازيت ٢ ص ١٦١ حيث ينص على المبادئ الآتية : تختص محاكم أى بلد بالحكم على أى حكومة أجنبية ما دامت سيادتها بعيدة عن متناول القضية ، وهذه هى الحالة كلما تعاملت الحكومة بصفتها شخصاً مدنياً معتاداً كفرد من الافراد لا كسلطة عمومية أى كلما تعاقدت مع الغير أو امتلكت أو باعت بدون أن تتخذ على نفسها عهداً يهم حياتها السياسية أو الادارية وعلى الخصوص متى كانت القضيه متعلقة بتركة فتحت فى الديار المصرية وكانت مشتملة على عقارات يتكون منها معظم التركة وعليها رهون عقارية . ولما كانت المحاكم المختلطة قد استمدت سلطتها من الدول ذوات الامتيازات الاجنبية وكانت فرعاً عنها وكان لها كامل السلطان على المسائل المدنية فهى بالنسبة لاى حكومة أجنبية أقل أجنبية من محاكم أى بلد آخر أنشئت بمحض سلطة الحكومة الاقليمية . وكانت القضية خاصة بالحكومة اليونانية بسبب ميراثها لتركة عظيمة عن أحد اليونانيين الذين توفوا فى مصر وأرادت الحكومة اليونانية أن تدفع بعدم الاختصاص فرفضته المحكمة

لادارة شؤونها الخاصة أو متاجرها وخارجاً عن عملها بصفتها حكومة : مثال ذلك رفع الدعوى على ربان باخرة خصوصية تجارية مملوكة للحكومة البريطانية بسبب تصادم حصل بينهما و بين مركب آخر فى المياه المصرية ومنسوب الى خطأ الربان المذكور (٩)

الاستثناء الثانى : ليس لأية محكمة مصرية أن تحكم فى المواضيع الاتية :

٢ ـ بالنسبة للموضوع

أولا : ملكية أى عقار خارج عن القطر المصرى أو حقوق وضع اليد عليه أو الحق فى التعويض عن الضرر الناشئ عن التعرض لوضع اليد على العقار المذكور وذلك لا ينفى اختصاص المحكمة فى الحكم فى أى دعوى سببها عدم القيام بالتعهدات الخاصة بالعقارات فان الحكم بالتعويض بمقتضى التعهد شيء والحكم بتسليم العقار أو بتمكين المحكوم له من وضع يده أو بالتعويض لعدم احترام الملكية أو وضع اليد شيء آخر . ومبنى هذا النوع من الاستثناء هو عدم امكان تنفيذ الحكم الخاص بالارض الاجنبية أو عدم امكان تنفيذه الا بالتعرض لسلطان الحكومة الاجنبية الكائن فى أقليمها العقار ، أو عدم جواز تعرض محاكم بلد ما لتنفيذ قوانين بلد آخر فى نفس ذلك البلد الآخر اذ من البديهى أن كل ما يتعلق بملكية العقار و وضع اليد عليه هو من أمر قانون موقع العقار (١٠) و يلاحظ

---

(٩) س م ٢٤ نوفبر ١٩٢٠ جازيت ١١ ص ٢٣ نمرة ٤١ وتسمى القضية « صوماطرا » تبعاً لاسم الباخرة البريطانية . وفيها قررت المحكمة ما يأتى : ان تطبيق قواعد القانون الدولى العام التى تخرج الحكومات الاجنبية عن حكم المحاكم التابعة لبلد آخر لا يمكن أن يعترض عليه عند ما يكون العمل المادى أو القانونى الذى هو سبب النزاع قد حصل أثناء تأدية الحكومة أعمالها بصفتها سلطة عامة وتكون الحكومة قد طلبت امام القضاء بصفتها المذكورة ولكن الحالة تختلف كثيرا اذا ما ارتكب العمل بواسطة عمال الحكومة الاجنبية أثناء ادارتهم لمصالحها الخاصة وبدون دخل لصفتها العامة أو أعمالها العامة فى الموضوع ولذلك يصح رفع الدعوى على ربان الباخرة التجارية صوماطرا المملوكة للحكومة البريطانية بسبب تصادم نسب الى خطئه — ونظرية المحاكم الانجليزية على عكس هذا على خط مستقيم

(١٠) قارن دايسى ص ٢٢٣ — ٢٣٠ وراجع بند ٣٥١ فى شروط تنفيذ الاحكام المصرية فى السودان فانه يشترط فيها الا تكون متعلقة بملكية أرض واقعة خارج القطر المصرى الى آخره

أن هذا الاستثناء لم تنص عليه القوانين المصرية ولم تصدر بشأنه أحكام مصرية ، ومع ذلك فهو واجب الاحترام للاسباب التى ذكرناها

ثانياً : تنفيذ أى قانون جنائى أو نص جنائى من قوانين أية حكومة أجنبية وسواء كان ذلك بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة حتى ولو كان مرتكب الجريمة مصرياً من رعايا الحكومة المحلية . وذلك لأنه لا يجوز مطلقاً لأى بلد أن ينفذ القوانين الجنائية التى وضعها غيره اذ تعتبر الجرائم مسائل محلية محضة لا يهتم بها ولا يحاكم عليها غير قانون الجهة التى حصلت فيها وغير محاكم الجهة التى وقعت فيها واذا اهتم بها قانون أجنبى بأن نص على معاقبة مرتكبيها فى أى جهة ارتكبت (كما فى قانون العقوبات الاهلى مادة ٢) فان ذلك يكون بنص فيه يطبق بواسطة محاكمه لا بمقتضى نص قانونى أجنبى وما لم تكن الجريمة موجهة ضد سلامة الحكومة أو مرافقها الحيوية فلا يعاقب عليها أجنبى متى ارتكبت فى الخارج لأنه لا يصح لحكومة أن تعتبر نفسها مسؤولة عما يرتكب فى بلاد حكومات أخرى من الجرائم غير المذكورة . أما التى تعاقب عليها بمقتضى قانونها الجنائى فلها (ولكن لا يجب عليها) أن تحاسب رعاياها عنها ولو ارتكبت فى الخارج لأن الفرد مكلف بالطاعة نحو قوانينه الوطنية ولو كان خارج بلاده

والقوانين الجنائية هى على العموم ما أوجبت عقوبات على الفرد لمصلحة الامة أو الدولة لا لمصلحة شخص المعتدى[١١]

ثالثاً : تنفيذ أى قانون مالى سنته حكومة أجنبيــة سواء تعلق بضرائب أو بغرامات مالية فان ذلك لا يدخل فى اختصاص المحاكم المصرية للاسباب المتقدمة بالنسبة للقوانين الجنائية[١٢]

رابعاً : تنفيذ أى حكم أجنبى صادر فى مادة من المواد الثلاث المتقدمة الممنوع

---

(١١) قارن دايسى ص ٢٣٠ — ٢٣٣
(١٢) المرجع المتقدم

فيها الحكم من المحاكم المصرية وذلك لأنه اذا صح تنفيذ الحكم فى مادة ممنوعة جاز تنفيذ القوانين الاجنبية الممنوعة ، فى كل جهة ، بمجرد الحصول على حكم بها فى بلدها [١٣] وفى هذه الاحوال يرفض وضع الأمر بالتنفيذ على الحكم الاجنبى المشتمل على شىء مما ذكر ويكون أساس الرفض مخالفة الحكم للنظام العام على ما سيذكر فى بند ٣٤٦ "

الخضوع

٣٣٦ مكرراً — الخضوع Submission لاختصاص المحكمة : من المقرر أنه يجوز للملوك ومعتمدى الدول الاجنبيــة والحكومات الاجنبية وغيرهم ممن يتمتعون بالاستثناء الاول المقرر فى البند السابق (ص ٣٦١ ") أن يتنازلوا عن امتيازهم و يقبلوا اختصاص المحكمة التى لم تكن مختصة بالنسبة اليهم وهذه القاعدة سبق تقريرها فى المبدأ العام الرابع من مبادئ دايسى (بند ٢٦٥) وهى مبنية على القاعدة التى تقضى على كل شخص باحترام الاتفاقات التى هو طرف فيهـا [١٤] و يحصل الخضوع لاختصاص المحكمة بطرق مختلفة منها أن يرفع الشخص الممتاز الدعوى على خصمه أمام المحكمة أو يحضر أمامها بارادته واختياره كمدعى عليــه أو يتفق فى عقوده الخاصة على عرض المنازعات التى تنشأ عن مسائل معينة على محاكم بلد معين . فاذا خضع للمحكمة بصفته مدعياً فيكون خضوعه مقصوراً على الدعوى التى رفعها ولا يخضع فى أكثر منها ولذلك يقبل من المدعى عليه كل دفع يدفع به الدعوى وكل دعوى يوجهها ضــد المدعى وتكون مقبولة بحسب قانون المحكمة [١٥] ولكن لا يكون للمحكمة أن تحكم عليه بأكثر من الحد الذى

---

(١٣) أحكام المحاكم الانجليزية الواردة فى دايسى ص ٢٣١

(١٤) دايسى ص ٤٥ ويقول فى ص ٢٣٥ أن لكل محكمة الحق فى الحكم على أى شخص أسقط بعمله حق نفسه فى التمسك بعدم اختصاص المحكمة أى تنازل — ولكن يجب أن يكون عدم الاختصاص بالنسبة للشخص لا بالنسبة للموضوع (دايسى ٢٣٦)

(١٥) دايسى ص ٢٢١ ويلاحظ أن المحاكم تختلف فى الشروط التى تتطلبها لقبول دعاوى المدعى عليه demandes reconventionnelles (بالنسبة للمحاكم المصرية راجع كتاب المرافعات بند ٥٢٤ ") ويقول دايسى هنا ان دعوى المدعي عليه تقبل اذا كانت

خضع فيه وهو قيمة دعواه [١٦]

ويقول وستليك[١٧] ان الحكومة الاجنبية أو الشخص الذى يستحق الاعفاء من القضاء المحلى اذا رفعا الدعوى امام المحاكم الانجليزية يكونان ملزمين كأى مجموع آخر أو شخص آخر بأن يعدلا العدل الكامل بالنسبة للمدعى عليه فى كل ما يتعلق بالدعوى ويكونان بذلك خاضعين للقضاء المحلى فى كل دعاوى المدعى عليه وكل طلباته ودفوعه واجراءات المرافعات التى يرى اتخاذها كما لو كان خصمه شخصاً عادياً حتى يحصل بذلك على العدل الكامل أو يدافع عن نفسه ضد المدعى . وقد حكمت احدى محاكم انجلترا على ملك أسپانيا فى سنة ١٨٣٣ بأن يحضر شخصياً ليحلف اليمين فى دعوى كان قد رفعها هو امام تلك المحكمة وقالوا ان رفع تلك الدعوى أمام المحكمة يجعل المدعى تحت سيطرة المحكمة فى كل ما يتعلق بتلك الدعوى .

وحكمت محكمة پاريس بجواز تنازل السفراء عن امتيازهم[١٨]

وقد قرر علماء الپاندكت الفرنسية ان المحاكم الفرنسية تختص بنظر قضايا السفراء فى حالة التنازل الصريح باذن حكومتهم وحالة التنازل الضمنى أيضاً وهذا يكون أولا : اذا حضر السفير ليدافع عن نفسه فى الدعوى المرفوعة عليه وطالب

كدفع فى الدعوى الاصلية كالمقاصة القانونية أو ما يشابهها اما اذا كانت دعوى حقيقية من المدعى عليه cross - action فانها لا تقبل والغرض على ما يظهر لنا هو هل كان طلب المدعى عليه متصلا بالدعوى الاصلية أم منفصلا عنها فاذا كان متصلا قبل واذا كان منفصلا رفض لانه ليس للمحكمة اختصاص الا فى الدعوى وما اتصل بها ، ومع ذلك فالاستاذ وستليك (ص ٢٥٠) لايقول بتمييز بل يذكر النوع الاخير بالنص الصريح ضمن ما يدخل فى الاختصاص

(١٦) قارن بند ٧٥ فى القناصل وبند ٣٣٦ ص ٣٦٢ رابعا وسادسا

(١٧) وستليك ص ٢٥٠

(١٨) پاريس فى ٢ مايو ١٩١٢ مجلة كلونيه ١٩١٢ ص ١١٢٧ ولم يرو علماء الپاندكت الفرنسية الا حكماً واحداً مخالفاً صدر من محكمة السين فى ٨ مارس ١٨٨٦ — پاندكت جزء ٥ تحت لفظ Agent diplomatique نمرة ٢٢٢ ص ١٣٨ وبعكس ذلك يرى ڤاليرى (ص ٦٩٤) عدم جواز التنازل عن الامتياز ولكن المعول به هو ما رويناه

فى الموضوع بدون أن يتمسك بامتيازه ؛ ثانياً اذا كان هو المدعى ورفع الدعوى أمام محكمة مقره فبذلك يعتبر متنازلا عن امتيازه وقابلا بحكم المحكمة فيما يتعلق بالمصاريف وفيما يتعلق بالاستئناف الذى يرفعه خصمه وكذلك الحال فى نظرهم اذا قدم المدعى عليه دعوى فرعية ضده ؛ وذلك رغم الاختلاف فى هذه النقطة الاخيرة (١٩)

وقد حكمت المحاكم المختلطة باختصاصها بنظر قضايا الحكومات الاجنبية فى أحوال مختلفة غير أحوال الرضا والاختيار (ص ٣٦٣) وأجازت الاختصاص لنفسها فى جميع أحوال الرضا والاختيار على مقتضى القاعدة الاساسية المقررة فى دكرتو القناصل (بند ٧٥)

اختصاص المحاكم المصرية على المصريين

٣٣٧ — اختصاص المحاكم المصرية على المصريين : تنص المادة ١٣ م م على اختصاص المحاكم المختلطة بالنسبة لكل مصرى بسبب الالتزامات التى يرتبط بها ولو حصلت فى الخارج : هذا الاختصاص مبنى على الجنسية المصرية ، على الرابطة الموجودة بين المصرى والدولة المصرية فيطلب أمام المحاكم المصرية باعتباره خاضعاً لحكم الدولة المصرية

ويلاحظ أن مقابل هذا الاساس فى المحاكم البريطانية والامريكية هو الموطن Domicile فتختص المحاكم المذكورة بالحكم على كل شخص متوطن فى دائرتها ولو لم يكن موجوداً فيها بالفعل وبصرف النظر عن جنسيته (قارن بند ٩٨)(١) كما تختص على كل شخص موجود بالفعل فى دائرتها بصرف النظر عن كونه متوطناً أو غير متوطن ، أو كونه من الجنسية البريطانية أو ليس منها . ولما كنا نفس هذا الاختصاص الذى أساسه استعمال السلطة الاقليمية على كل من تظله

---

(١٩) البانكدكت المحل المتقدم فى الحاشية السابقة نمرة ١٤٥ ص ١٢٧

[٣٣٧] (١) فى قضية كازداغلى رفعت الدعوى امام محاكم انجلترا باعتباره انجليزياً متوطناً فى انجلترا فرفضت لكونه متوطناً فى مصر لا فى انجلترا ولم يكن ثمت أهمية لكونه بريطانياً انجليزياً لان العبرة عندهم ليست بالجنسية كما هى عندنا بل بالموطن وما دام غير متوطن فى البلد فلا اختصاص لمحاكمه عليه

سماء الاقليم كما مرّ فى بند ٣٣٦

ويلاحظ أيضاً أن لفظ « العقد obligations contractées » الوارد فى المادة ١٣ م م لا يقتصر على العقود أو المشارطات التى تصدر من المصرى بل ينصرف الى جميع أنواع الالتزامات obligations بالمعنى الصحيح الواسع[٢] سواء كان منشؤها عقداً أو شبه عقد أو جنحة مدنية أو شبه جنحة أو كان سببها نص القانون مباشرة كما هى الحال فى النفقة الواجبة بين الاصول والفروع والازواج

الاختصاص الاقليمى على الاجانب فى مصر

٣٣٨ — اختصاص المحاكم المصرية على الاجانب[١]: اذا لم يكن الشخص مقيماً فى الديار المصرية أو موجوداً بها بالفعل ولم يكن مصرياً (بند ٢١٣) فالقاعدة العامة بالنسبة اليه أنه لا يخضع لحكم المحاكم المصرية فلا تصح اقامة الدعوى عليه أمامها وذلك أولا لكون السيادة الاقليمية المصرية لا تمتد اليه اذ هو غير موجود أو مقيم عادةً فى الاقليم المصرى[٢] ، وثانياً لكون السيادة الوطنية المصرية لا تشمله اذ هو غير مصرى فلا يكون ثمت مسوغ لاختصاص المحاكم المصرية عليه

---

(٢) يفهم ذلك بوضوح من نص المادة ١٤ م م فانها تنص بعد العقود على الافعال الحاصلة فى مصر وهــذه تشمل الافعال النافعة والافعال الضارة وهذه كلها خارجة عن مادة الاتفاقات

[٣٣٨] (١) ليس المقصود هنا الكلام على الامتيازات الاجنبية التى تعفى الاجنبى من حكم المحاكم الاهلية وليس المقام مقام بيان أى المحاكم المصرية هى المختصة بالنسبة اليه وانما الكلام هو على الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية بصفة عامة (بلا بحث عن نوعها) على الاجانب بصفة عامة أى من لم يكونوا من رعايا ملك مصر وسواء كانوا ممن لهم امتيازات أو ممن ليس لهم امتيازات

(٢) حكمت المحاكم المختلطة باختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاى أجنبى وجد فى الديار المصرية واستلم وهو فيها اعلان صحيفة الدعوى للحضور أمام محكمة مصرية حتى لو كان غير مقيم فى مصر — س م ٢ مارس ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٢٨ — قارن دايسى بالنسبة للمحاكم الانجليزية ص ٤٨ حيث يقول إن هــــذه القاعدة وان نشأت عن أصول المرافعات الا أنها مبنية فى الحقيقة عن مبدأ امكان تنفيذ الحكم الوارد فى بند ٢٦٥ وذلك لان ملك الانجليز الذى استطاع أن يعلن الشخص وهو فى بلده يستطيع أن ينفذ عليه الحكم اذا أراد (راجع أيضا بند ٣٤٢ ص ٣٨٢)

القاعدة

ويستثنى من هذه القاعدة — قاعدة عدم اختصاص المحاكم المصرية بالحكم على أجنبي غير موجود فى مصر — أحوال خاصة ذكرتها المادة ١٤ م م . وهذه الاحوال مشتملة على عناصر اقليمية مصرية تسوغ الاختصاص للمحاكم المصرية ولا يخلو حالها من كونها مسببة عن وجود الشيء الذى هو موضوع النزاع ، فى مصر أو حصول العمل الذى هو محل النزاع ، فى مصر

الاستثناءات

فالمحاكم المصرية مختصة بالنظر فى الدعاوى التى توجه ضد الاجانب — مهما كانت جنسية المدعى وسواء كان أجنبياً أو مصرياً [٣] — فى الاحوال الخمس الآتية : —

المال فى مصر

أولا — اذا كان النزاع على التزامات متعلقة بأموال منقولة أو عقارية موجودة داخل القطر المصرى . فهذا الظرف وحده كافٍ لجعل المحاكم المصريه مختصة بصرف النظر عن حالة المدعى عليه وكونه أجنبياً موجوداً فى الخارج [٤]

الالتزام فى مصر

ثانياً — اذا كان النزاع على التزامات ناشئة عن اتفاقات عقدت فى مصر ؛ ولذلك فمجرد حصول العقد فى مصر يجعل المحاكم المصرية مختصة بالحكم فيه حتى لو كان مقرراً حصول تنفيذه فى الخارج [٥]

التنفيذ فى مصر

ثالثاً : اذا كان النزاع على التزامات ناشئة عن اتفاقات يجب أن تنفذ فى مصر ، ولا يهمنا فى هذه الحالة كون العقد قد حصل فى مصر أو فى الخارج لأن مجرد كون الديار المصرية هى محل الوفاء يجعل محاكمها مختصة [٦] واذا كان المدعى

---

(٣) س م ١٠ مايو ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ٢٤٧

(٤) قارن رأى سافينى بخصوص القانون الذى يتبع بالنسبة للاموال بند ٢٤٤ وكون الفكرة الاساسية فى الموضوع هى الخضوع الاختيارى لقانون الجهة الكائن بها المنقول أو العقار والكلام هنا على الاختصاص ولكن التعليل واحد ، وبالنسبة للقانون راجع بندى ٣٨٨ و٣٨٩

(٥) الحكم الوارد فى حاشية ٣ السابقة

(٦) س م ٣١ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٥٣ وس م ٢٢ فبراير ١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ١٢٢

عليه شركة أجنبية لها فرع فى مصر موكول اليه تفريغ الشحن التى تسلم فى مصر فيكون له صفة فى تمثيل الشركة فى القضايا المتعلقة بالتفريغ المذكور الذى هو داخل ضمن أعماله[٧]

العمل فى مصر

رابعاً : اذا كان النزاع على التزامات ناشئة عن أفعال أو أعمال وقعت أو تمت فى مصر وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ ان الاجنبى الذى يترك مصر فى حالة توقف عن الدفع (٢٠٢ ت م) ويستقر فى بلد أجنبى ، يجوز رفع الدعوى عليه بطلب اشهار افلاسه أمام المحاكم المصرية بسبب الاعمال التى أجراها أو ارتكبها وهو فى مصر[٨]

اصطدام السفن

هذا ومن خير الامثال على الاعمال التى تحصل فى مصر ومن أهمها اصطدام abordage البواخر والمراكب فى المياه المصرية (بند ٦٧) فان مجرد حصول التصادم فى المياه المصرية يجعل المحاكم المصرية مختصة بالحكم فى التعويض الذى يطالب به المتضرر ولو كان المدعى عليه أجنبياً ليس له محل فى مصر . وقد حكم تطبيقاً لهذا المبدأ بأن المحاكم المختلطة مختصة بالحكم ضد احدى شركات الملاحة الاجنبية — التى ليس لها محل فى القطر المصرى ولا فرع فيه يخول الاختصاص للمحاكم المصرية (بند ٣٣٦) بل مكتب توكيل بسيط (ص ٣٦٠) — بسبب اصطدام احدى بواخرها عند مدخل احدى الموانى المصرية داخل المياه الاقليمية المصرية[٩] كذلك حكم فى قضية جلدرلاند Gelderland وهو طراد حربى مملوك للحكومة الهولاندية اصطدمت به باخرة بريطانية تجارية تسمى بيترسون Peterson عند مدخل ميناء بور سعيد فرفع قومندان الطراد الهولاندى الدعوى أمام المحاكم المختلطة بصفته المذكورة ضد أصحاب الباخرة الذين ليس لهم محل

---

(٧) س م ٩ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٣٨ نمرة ٤١٢ وراجع ما مر فى بند ٣٣٦ بخصوص الشركات وفروعها وتوكيلاتها

(٨) س م ٥ يونيه ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٥٠

(٩) س م ٣ مارس ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ١٧٣ ونحوه س م ١٠ ابريل ١٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ٢٤٢

فى القطر المصرى ولم يكونوا موجودين فيه ولا وجدوا فيه من قبل [١٠]: دفع اصحاب الباخرة البريطانية بعدم الاختصاص لسببين: الأول كون المدعى يمثل حكومة أجنبية فلا تقبل منها الدعوى امام المحاكم المصرية فرفض هذا الدفع بناء على مبدأ الخضوع للاختصاص (بند ٣٣٦ مكرراً) والثانى لكون المدعى عليه ليس مقيماً فى القطر المصرى ولا محل له فيه فرفض أيضاً بناء على أن هذا الشرط ليس مطلوباً اذ يكفى حصول التصادم فى المياه المصرية [١١]

ويلاحظ أنه اذا كان المسوغ الوحيد للاختصاص هو مجرد حصول الحادث أو العمل داخل القطر المصرى فان حصوله خارج المياه الاقليمية المصرية وعلى الخصوص فى عرض البحر وعلى باخرة اجنبية يجعل المحاكم المصرية غير مختصة: فاذا قتل أحد الركاب عمداً فى احدى بواخر شركة « المساچيرى ماريتيم » فى عرض البحر أثناء ابحارها الى مصر فلا تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى المدنية ضد الشركة المذكورة لانها ليست ذات محل فى مصر، ولأن مجرد وجود فرع لها فى مصر لا يكفى فى جعل المحاكم المصرية مختصة بالحكم عليها فيما لا علاقة له بهذا الفرع من الاعمال ولا يدخل ضمن حدود اختصاص الفرع [١٢]

المسائل التجارية

خامساً — فى المسائل التجارية: حيث لا تأثير مطلقاً لنصوص المادة ١٤ م م على اختصاص محاكم التجارة المختلطة أى حيث لا أهمية لمقر المدعى عليه (بند ٣٣٤ حاشية ١) هل هو فى مصر أم فى الخارج ما دام الاختصاص قد

---

(١٠) أهمية نقطة عدم وجودهم فيه من قبل ستظهر من البحث الذى سنورده فى بند ٣٤٠ لان نص المادة يفيد شرط سبق وجود الاجنبى فى مصر و« تركه اياها بعد وجوده فيها »

(١١) س م ٢٩ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ٣٣٤

(١٢) س م ٧ فبراير ١٩١١ جازيت ص ٨٧ — ٨٨ الذى ألغى حكم محكمة اسكندرية المختلطة التجارية الصادر فى ١٩ ابريل ١٩١١ جازيت ١ ص ١٣٣ وكان هذا الحكم قد اعتبر الحادث ناشئاً عن الاخلال بعقد نقل الراكب من مرسيليا الى اسكندرية فاعتبرت محكمة الاستئناف الحادث جنحة مدنية لا خطأ ناشئاً عن التعاقد faute contractuelle

أعطى بالنص لمحاكم التجارة واذا رجعنا الى المادة الأولى وما بعدها من القانون التجارى المختلط المتعلقة باختصاص محاكم التجارة لم نجد فيها اشارة الى الاختصاص الدولى بل وجدناها تنص فقط على المسائل التى تدخل ضمن اختصاص المحاكم المذكورة باعتبارها أعمالاً تجارية أو حاصلة بين التجار . اما النص المتعلق بالموضوع فهو نص المادة ٣٥ مرافعات مختلط فى فقرتيه السابعة والتاسعة (ص ٣٥٧) فاذا قارناً الفقرة السابعة بآخر فقرة من المادة ١٤ م م وجدنا أن الحالة الوحيدة التى يمكن أن تعتبر استثنائيـة فى المسائل التجارية هى حالة اختصاص المحكمة التى بدائرتها المحل المقتضى دفع القيمة فيه فاذا اشترط دفع القيمة فى مصر كانت المحاكم المصرية مختصة ومع ذلك فالدفع يدخل تحت الوفاء المنصوص عليه فى المادة ١٤ م م و بذلك لا يكون ثمت استثناء خاص فى المسائل التجارية رغم النص على جواز وجوده[١٣]

وقد حكم بناء على النصوص المتقدمة بأن محكمة اسكندرية التجارية مختصة بالحكم على أجنبى لم يكن له محل فى مصر اذا كان المتفق عليه هو عمليات بيع وشراء أقطان يجب أن تنتهى اما بالتسليم واما بدفع الثمن فى الاسكندرية[١٤]

كذلك حكم بأن المدعى عليه الاجنبى المقيم فى الخارج يعتبر خاضعاً لاختصاص محكمة التجارة المختلطة المشترط حصول الدفع فى دائرتها ما دامت المادة تجارية[١٥]

تلخيص

فى غير الاحوال الاستثنائية المتقدمة لا يصح رفع الدعوى امام احدى المحاكم المصرية على أجنبى غير مقيم فى مصر أو غير موجود فيهـا وقت اعلان صحيفة

---

(١٣) فيما بين المحاكم المصرية تعيين محل للوفاء فى عقد مدنى لا يعطى الاختصاص لمحكمة ذلك المحل (المرافعات بند ٦١٤ حاشية ٣ والمراجع التى بها) ولكن الحالة هنا مختلفة لاننا فى مقام الاختصاص الدولى المقررة أحكامه بنص المادة ١٤ م م وهى تنص صراحة على اختصاص المحاكم المصرية اذا كان تنفيذ العقد سيكون فى مصر ولذلك يكون تعيين محل لتنفيذ العقد فى مصر مخولا الاختصاص للمحاكم المصرية بوجه عام

(١٤) س م م ٢٢ فبراير ١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ١٢٢

(١٥) س م ٢٨ مارس ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ١٧٤

الدعوى اليه شخصياً أثناء وجوده فيها . وقد رأينا أن مجرد وجود فرع للشركة في مصر لا يخول الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كان مركز الشركة في الخارج (بند ٣٣٦) ولذلك حكم بأن الشركة التي يكون مركزها في السودان والتي يكون لها فرع في مصر لا يصح مقاضاتها امام المحاكم المصرية بخصوص عقد حصل في السودان بينها و بين شركة أخرى مركزها في انجلترا اذ لا دخل للفرع في هذا العقد ووجود الفرع وحده لا يخول الاختصاص[١٦] وان صح الاعلان في الفرع في حالة وجود الاختصاص بناء على أي سبب من الاسباب التي تسوغه

شركة مركزها في السودان

بحث في المادة ١٤ هل هي متعلقة بالنظام العام

٣٣٩ – طبيعة الاختصاص المقرر في المادة ١٤ م م : حكمت المحاكم المختلطة بأن قواعد الاختصاص الدولي المبنية على أسباب اقليمية هي قواعد متعلقة بالنظام العام بمعنى أن كل اتفاق يوجب انفراد محكمة أجنبية بالاختصاص فيها دون المحاكم المصرية فيما جعله القانون المصري من اختصاصها بناء على أسباب اقليمية ، يعتبر باطلا بطلاناً جوهرياً فيما يتعلق بمنع المحاكم المصرية عما هو من اختصاصها فمثلا في حالة حصول عقد في الخارج على أن يكون تنفيذه في مصر وفي حالة الاتفاق على أن يكون النظر في جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذه من اختصاص محكمة أجنبية يعتبر الشرط المتعلق بمنع المحاكم المصرية عن الاختصاص لاغياً وتكون هذه المحاكم مختصة بنظر المنازعات المذكورة رغم الشرط فاذا رفعت أمام المحاكم المصرية قبلتها واعتبرت الشرط باطلا وهذا لا ينفي اختصاص المحكمة الاجنبية اذا اختار الطالب رفع النزاع اليها ولكنه اذا رفع النزاع امام المحاكم المصرية تكون هذه مختصة طبقاً للمادة ١٤ رغم كل اتفاق مخالف لذلك[١]

---

(١٦) محكمة اسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٣ نوفمبر ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٦٠ نمرة ١٨٠ والحكم متين جدا وبه ايضاحات مفيدة

[٣٣٩] (١) حكم محكمة التجارة المختلطة في القاهرة في ٢٠ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٦٠ وحكم محكمة التجارة المختلطة باسكندرية في ١٠ يناير ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٥٤ نمرة ١٥٤ وكذلك في ١٥ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٥٠ نمرة ١٤٣ المؤيد في الاستئناف ، جازيت ٧

وبالعكس يعتبر الشرط صحيحاً ونافذاً كلما كان المدعى عليه غير مقيم فى مصر وكان العقد حاصلا وواجب التنفيذ فى الخارج فاذا ما اشترط فى عقد التأمين أن يكون الاختصاص للمحكمة الاجنبية فالشرط صحيح ونافذ فى مصر متى كان مركز شركة التأمين فى غير مصر « ولم يكن لها فرع فيها » ولو كان لها فيها محل توكيل بسيط وكان عقد التأمين حاصلا فى الخارج وواجب التنفيذ فى الخارج[٢]

الخضوع لاختصاص محاكم مصر جائز

أما اذا كانت المحاكم المصرية غير مختصة طبقاً للمادة ١٤ م م وقبل المدعى عليه الاختصاص صراحة أو ضمناً بأن دخل فى موضوع الدعوى ولم يتمسك بعدم الاختصاص فى بدء القضية in limine litis فيسقط حقه فى التمسك به بعد ذلك لأن هذا الدفع قد شرع لمصلحته هو فهو بالنسبة له عدم اختصاص شخصى ratione personæ ولا يمكن اعتباره عدم اختصاص بالنسبة للموضوع ratione materiæ وان كان أساسه الاختصاص الدولى[٣]

والاتفاق عليه جائز

كذلك اذا اتفق شخص مع آخر على اختصاص المحاكم المصرية فى عقد من العقود ولم يكن لهما اختصاص عليه طبقاً للمادة ١٤ فان هذا الاتفاق يكون صحيحاً وملزماً لمن لم يكن خاضعاً لهذه المحاكم[٤]

س ١٣٨ نمرة ٤١٢ وكذلك س م ٢٦ يونيه ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٩٧ نمرة ٤٠٧ وس م ٢٠ نوفمبر ١٩١٨ جازيت ٩ص ٣١ نمرة ٤٨ وقارن حكم محكمة التجارة باسكندرية فى ٩ ديسمبر ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٤٢ نمرة ٤٠ وأول فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٣ص ٨١ نمرة ١٥٤

(٢) محكمة التجارة المختلطة باسكندرية فى ٧ ابريل ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٢٧ نمرة ٢٠٨ ويلاحظ أن لا معنى هنا لقول الحكم « ولم يكن لها فرع فى مصر » لان مجرد وجود الفرع لا يعطى الاختصاص للمحاكم المصرية فى غير ما يتعلق بالفرع أو يدخل فى اختصاصه كما تقدم

(٣) قارن دايسى ، قاعدة ٥٦ ص ٢٣٥ و٢٣٦ حيث يفرق بعض التفريق بين الخضوع لمحكمة القاضى والخضوع لمحكمة أجنبية وهذا صحيح فى الواقع راجع القضية الواردة فيه ص ٢٣٧ نمرة ٤

(٤) قارن دايسى ص ٢٣٧ فى القضية نمرة ٣

خلاصـــة

ومن ذلك كله يتبين أن المحاكم فى أى بلد لا تتجاوز عن نظر قضية هى من اختصاصها بحسب قانونها أو بحسب المبادئ العامة ولو كان المدعى عليه قد رضى بانفراد محكمة أجنبية فى الاختصاص ، بعكس ما اذا كان الاختصاص لمحكمة أجنبية واشترط اختصاص المحكمة التى رفعت اليها القضية فانها تقبل الاختصاص المشترط كما تقبل الاختصاص اذا ما تنازل عنه المدعى عليه امامها صراحة أو ضمناً : فى الحالة الاولى يكون الامر متعلقاً بالنظام العام فلا يصح فيه الاتفاق لانه يحرم المدعى عليه من محكمته الطبيعية وفى الحالة الثانية يعتبر القبول أو التنازل مسوغاً للاختصاص

الاجنبى الذى ترك الديار المصرية ؟

٣٤٠ — تفسير المادة ١٤ م م بالنسبة للاجنبى الذى ترك الديار المصرية : تنص المادة المذكورة على اختصاص المحاكم المختلطة فى الاحوال الاقليمية المذكورة فيها بالنسبة للاجنبى الذى ترك الديار بعد ان نصت على الاجنبى الذى هو موجود فى الديار ولذلك يصح التساؤل عن اختصاصها بالنسبة للاجنبى الذى لم يحضر مطلقاً الى الديار المصرية هل تختص بنظر قضاياه وفى أى الاحول ؟

اختلفت المحاكم المختلطة فى هذا الموضوع اختلافاً كبيراً ويمكن القول بأن الاحكام قد جاءت فيه بثلاثة آراء

الرأى الاول

الرأى الاول : يجب الأخذ بألفاظ المادة وجعلها مقصورة على الاجنبى الذى كان فى مصر ثم تركها و بذلك لا تختص المحاكم المختلطة بالنسبة للاجنبى الذى لم يدخل البلاد ، الا فى المسائل التجارية حيث نصت المادة على اختصاص محاكم التجارة فى الاحوال المبينة فى القانون أينما كان المدعى عليه فلا يكون لها اختصاص بالنسبة للمنقول أو العقار الموجود فى مصر ولا بالنسبة للعقود التى حصلت أو يجب تنفيذها فى مصر ولا بالنسبة للافعال التى وقعت فى مصر[1]

---

[٣٤٠] (١) س م ١٨ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٤٤

الرأى الصحيح — الرأى الثانى : قال به حكم حديث[٢] قضى بأن المشرع المختلط يميز تمييزاً ظاهراً بين الاجانب الذين وجدوا فى مصر ثم تركوها و بين الذين لم يوجدوا بها مطلقاً وانه بمقارنة الجملة الاولى التى ذكرها المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٤ بالجملة « أينما كان المدعى عليه » الواردة فى الفقرة الاخيرة منها ، يتبين أن الشارع أراد التميز التام بين الحالتين . وانه وان كان المشرعون الاجانب لم يميزوا بين الاجنبى الذى ترك البلاد والاجنبى الذى لم يوجد فيها بالكلية فان هؤلاء المشرعين كانوا أحراراً فى وضع القواعد التى يرونها بعكس المشرع المصرى فانه مقيد بالامتيازات الاجنبية وانه مفهوم أن الدول الاجنبية لا تسمح باعطاء اختصاص واسع المدى مثل اختصاص محاكمها هى وان اختصاص المحاكم المختلطة بالنظر فى قضايا العقارات بصفة مطلقة ناشئ عن قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ (بند ١٦٩) لا عن حكم المادة ١٤ وكذلك اختصاصها فى أحوال الاصطدام الحاصل فى المياه المصرية فانه مقر عليه بناء على تصور قانونى fiction légale من مقتضاه اعتبار الاجنبى كأنه كان موجوداً فى الديار المصرية . وفى غير هذه الاحوال لا اختصاص للمحاكم المختلطة على الاجنبى الذى لم يوجد فى الديار المصرية الا فى الحالتين المنصوص عليهما فى المادة ٣٥ فقرة سابعة مرافعات مختلط

الرأى الثانى — الرأى الثالث : وهو الصحيح فى نظرنا والذى عليه أغلب الاحكام المختلطة هو أن نصوص المادة ١٤ م م يجب ألا تفسر حرفياً وأن المادة تسرى على من كان فى مصر ثم تركها كما تسرى على من لم يوجد فيها مطلقاً فى حالة توافر أحد العناصر الاقليمية المسوغة للاختصاص[٣] أما الاسباب التى يرتكن اليها هذا الرأى فهى

---

(٢) س م ١٠ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ١٣٣ نمرة ٢٣٣ وهو صادر من الدائرة الاولى

(٣) س م ٣١ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٥٣ وهو مختص بعقد كان يجب تنفيذه فى مصر ، و س م ٩ مايو ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٦١ الذى صدر ضد الحكومة

حكم جلدرلاند

كما روته محكمة الاستئناف المختلطة فى قضية « جلدرلاند » أن المادة ١٤ م م أرادت بلا ريب أن تقرر قواعد القانون الدولى الخاص المعترف بها بشكل عام فى الوقت الحاضر من حيث اختصاص محاكم كل دولة بالنسبة للاجانب الذين ليس لهم موطن ولا مقر فى تلك الدولة ؛ وكما روته فى قضية شركة قنال السويس ضد شركة الملاحة « الهاقريز »* ان المادة ١٤ م م خالفت المادة ١٤ من القانون المدنى الفرنسى بأن قصرت حق مقاضاة الاجنبى غير الموجود فى البلد على أحوال خاصة بينما المادة الفرنسية (بند٣٣٢) تبيح لكل فرنسى أن يقاضى أى أجنبى أمام المحاكم الفرنسية حتى فى حالة نشوء الالتزام فى الخارج وذلك لأن المادة الفرنسية تقرر امتيازاً يتعدى كل حد مشروع ويخالف القواعد العامة المقررة فى القانون الدولى الخاص ، وان المشرع المصرى الحديث لم يرد أن يقرره وأنه لا يمكن أن يستنتج من ذلك أن المشرع المصرى أراد أن يحرم المصريين من مقاضاة الاجانب الذين لم يحضروا لمصر ، أمام المحاكم المصرية ، اذا تعاقدوا على منقولات أو عقارات موجودة فى مصر أو اذا حصل الاتفاق أو اشترط التنفيذ فى مصر أو حصل الحادث فى مصر لأن ذلك يكون مناقضاً للمبادئ المقررة فى

حكم شركة القنال ضد الهاقريز

اليونانية (بند ٣٣٦ ص ٣٦٣) بأن المحاكم المختلطة مختصة بالنظر فى القضايا المرفوعة على حكومة أجنبية بسبب استيلائها على احدى التركات المكونة من منقولات وعقارات كائنة فى مصر ، و س م ٢٩ مايو ١٩٠١ ج ت م ١٣ ص ٣٣٤ الصادر فى قضية جلدرلاند (بند ٣٣٦) وقد دفع فى جميع هذه القضايا بأن الاجنبى المدعى عليه لم يوجد مطلقاً فى مصر فلا تكون المحاكم المختلطة مختصة بالنسبة اليه ولو كان العقد واجب التنفيذ فى مصر أو كانت المنقولات والعقارات المطلوبة موجودة فى مصر أو كان الاصطدام حاصلا فى المياه المصرية . وحكم محكمة المنصورة المدنية المختلطة فى ٢٤ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٢٥ نمرة ٤٣ الصادر فى قضية الشركة العمومية لقنال السويس ضد الشركة الهاقريز للملاحة المؤيد فى الاستئناف الاعلى فى ٩ فبراير ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٣٤ نمرة ٢٣٤ ومقر كل من الشركتين فى باريس ولكن القضية نشأت بسبب تحصيل رسوم المرور عن احدى بواخر الشركة الثانية فى قنال السويس فسبب القضية عقد ينفذ فى مصر بالمرور من القنال ويبيح رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية بصرف النظر عن مقر المدعى عليه

* راجع آخر الحاشية السابقة

جميع قوانين العالم ولأنه لا يمكن مطلقاً أن يفهم السبب الذى من أجله لا يصح معاملة الاجنبى الذى لم يوجد فى مصر مطلقاً ، بسبب التزاماته السابق ذكرها ، بنفس القواعد التى يعامل بها الاجنبى الذى وجد فى مصر مرة ثم تركها واقترف فيما بعد ذلك التزامات مما ذكر . واذا كان المشرع المصرى قد تكلم أولا عن الاجنبى الموجود فى مصر ثم عن الاجنبى الذى ترك مصر فذلك لأن طبيعة الالتزامات المذكورة هى التى تسوغ الاختصاص ، ولا شأن مطلقاً لكون الاجنبى قد وجد فى مصر ثم تركها أو أنه لم يوجد فيها بالكلية . واذا كان الشارع قد قصد التمييز حقيقة فانه ما كان يتأخر عن الافصاح عن الحكم بالنسبة للاجنبى الذى لم يوجد فى مصر مطلقاً

خطأ فى التشريع فى المادة ١٤

ونحن نرى فوق ذلك أن واضع القانون المصرى قد أخطأ فى عدم تصوره امكان حصول عقد أو حادث فى مصر بدون أن يكون المتعاقدان أو الفاعل فى مصر ، لأنه قد لا يتصور منطقياً أن يتعاقد أجنبى أو يصدر عنه فعل فى مصر ولا يكون موجوداً فى مصر وقت التعاقد أو حدوث الفعل ولو دقائق أو ساعات معدودة — لذلك نص على « الاجنبى الذى تركها » ولكن من الثابت قانوناً أن الاتفاقات قد تقع بالمراسلة أو المخاطبة بجميع أنواعها وأن العقد يعتبر حاصلا فى مصر متى التقت فيها الارادتان من جانب مَن عرض ومن جانب مَن قبل ، وان الاتفاقات تصح بواسطة الوكلاء الذين ينوبون عن المتعاقدين وان الافعال أو الحوادث قد تقع بواسطة الوكلاء عن الشخص أو بسبب وجود شىء مملوك للانسان ويسبب ضرراً للغير كما فى حوادث الاصطدام فان الباخرة مثلا تتحرك وتمضى فى سبيلها بين أطراف البحار العالمية بينما يكون المالك لها والمسؤول عن أعمالها شركة من الشركات المستقرة فى لندن أو باريس والتى لم يتغير مقرها مطلقاً

الاسباب التاريخية

والحقيقة أنه لا محل للتمييز مطلقاً لأن الاسباب المسوغة للاختصاص بالنسبة للاجنبى الذى لم يكن موجوداً فى مصر هى أسباب مستمدة من فكرة الاقليم

territoire[٤] نظراً لحصول العقد أو وجوب تنفيذه فيه أو نحو ذلك مما تقدم

أساس الاختصاص الدولى فى التاريخ: القانون الرومانى

ان نصوص المادتين ١٣ و ١٤ م م كما شرحناها مبنية على تطور تاريخى من المفيد جدا أن يقف الباحث عليه وهى فى مجموعها تثبت الاسباب التى بنى عليها الاختصاص فى القانون الرومانى[٥] قديماً وفى القرون الوسطى والاسباب التى بنى عليها الاختصاص فى فرنسا من القرون الوسطى الى يومنا هذا[٦] والاسباب التى بنى عليها أيضاً فى انجلترا . وليس من المناسب هنا أن ندخل فى أى تفصيل ويكفينا أن نقرر أن اختصاص محكمة المدعى عليه forum rei فى مادة الالتزامات هو من مبادئ القانون الرومانى التى كانت ثابتة فى عصر يوستنيانوس وان هذه المحكمة الشخصية للمدعى عليه كانت اما محكمة المدينة civitas أو الحكومة respublica التابع اليها واما محكمة محل اقامته : الاولى تسمى محكمته الاصلية forum originis والثانية محكمة محله forum domicilii وبجانب محكمة المدعى عليه أباح القانون الرومانى مقاضاة الشخص أمام المحكمة المختصة بالالتزام forum contractus أو forum rei gestæ وهى على العموم المحكمة التى يكون فى دائرتها التنفيذ والسبب فى اختصاصها افتراض خضوع المدين لحكمها بارادته واختياره حيث رضى أن يكون التنفيذ فى دائرتها ؛ ونشأ الاختصاص بسبب ارتكاب الجريمة فى عصر الامبراطورية الرومانية ولم يكن معروفاً قبلها وهو ليس مبنياً على فكرة الخضوع الاختيارى لاختصاص محل ارتكاب الجريمة وانما هو مبنى على الخضوع القهرى أو اللازم الذى هو نتيجة مباشرة للاعتداء من جانب الجانى على حق مقرر للغير وكان للمجنى عليه الخيار بين محكمة محل الجانى أو محكمة الجريمة forum delicti

فى القرون الوسطى

وفى القرون الوسطى انتشرت فكرة جعل العقد خاضعاً لاختصاص المحكمة

---

(٤) راجع بند ٣ حاشية ١ وبند ٦٥، وبند ٣٣٨

(٥) وستليك ص ٢٢١ — ٢٢٦ وسافينى § ٣٧٠ ص ١٦٠ — ١٦٤ من ترجمة جوترى

(٦) وستليك ص ٢٢٤

التى وقع فى دائرتها locus celebrati contractus لا المحكمة التى يكون فيها التنفيذ فجعل اختصاص الاولى هو القاعدة ولا يشذ عنه الا فى حالة التعهد بدفع مبلغ من المال فى جهة معينة locus solutionis

فى فرنسا

ولم يكن الاختصاص المبنى على حصول العقد أو على تنفيذه معروفاً فى فرنسا فى القرون الوسطى وذلك بسبب أن القضاء كان من امتيازات حكام الاقطاعات وكان يباع ويشرى ويأتى بالايراد الكبير فما كان الحكام ليسمحوا بالمقاضاة أمام محكمة غير محكمة مقر المدعى عليه ولو رضى أو تعهد بالقبول من قبل بأن نص على الاختصاص وقت التعاقد ؛ وبذلك كان التمسك باختصاص محكمة المدعى عليه مما يهم القضاة شخصياً فأغفلت مصلحة الناس بتقرير قاعدة منمقة الالفاظ مؤداها أنه لا يصح الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص نظراً لتعلقها بالقانون العام وهذا مخالف بالطبيعة لما كان مقرراً فى القانون الرومانى من بناء الاختصاص على مادة النزاع . ولم يعترف فى فرنسا بهذه النقطة الا فى الأمر التجارى الصادر فى سنة ١٦٧٣ حيث أعطى المدعى الخيار بين محكمة محل المدين أو المحكمة التى حصل فيها العقد وتسليم البضاعة أو المحل الذى يجب فيه الدفع ، وعن ذلك الأمر أخذت المادة ٤٢٠ من قانون المرافعات الفرنسى والتى لا تسرى الا على المحاكم التجارية. وللآن لا يقر القانون الفرنسى باختصاص محكمة العقد أو تنفيذ العقد أو الدفع فى المسائل المدنية (٧) وان أجاز اختصاص محكمة المحل الذى اتفق الطرفان على تعيينه فى العقد للتنفيذ (٥٩ مرافعات فرنسى و٣٤/ ٣٥ مصرى) فهذا التقييد الحاصل بالاتفاق هو الذى يسوغ الاختصاص دون حصول العقد نفسه أو تنفيذه(٨)

---

(٧) اللهم الا اذا كان المتعهد اليه فرنسياً والمتعهد أجنبياً فتختص المحاكم الفرنسية طبقاً للمادة ١٤ مدنى فرنسى ولكن لمصلحة الفرنسى فقط ضد الاجنبى الذى تعاقد معه فى فرنسا ومع ذلك فالمادة نفسها تبيح الاختصاص بعد ذلك ولو حصل العقد فى الخارج

(٨) وستليك ص ٢٢٧ وكتاب هنريون دوبانسى فى السلطة القضائية فى فرنسا Henrion de Pansey, de l'Autorité judiciaire en France الطبعة الثالثة الجزء الاول ص٣٧٠ و٣٧١ وراجع المرافعات بند ٦١٣ ص ٤٤٨ وص ٤٤٩ وحواشيها

في انجلترا

وفي انجلترا كان مقرراً من قديم الزمان أن المحاكم الانجليزية اختصاصاً لا تحده غير الحدود الاقليمية للمملكة coextensive with the realm فلم يكن ثمت تمييز بين محل داخل في اختصاص محكمة وآخر داخل في اختصاص محكمة أخرى وكل ما كان يتطلب هو حصول الاعلان شخصياً الى المدعى عليه وهو في المملكة the writ should be served on the defendant personally and within the realm فاذا لم يكن في المملكة فلا وسيلة للاختصاص ضده ولو كان متوطناً فيها أو كان تابعاً لها من حيث الجنسية أما اذا كان موجودا فيها واستلم الاعلان شخصياً فالاختصاص ثابت بالنسبة اليه ولو لم يكن متوطناً فيها أو تابعاً اليها[٩]

هل يجب أن يكون المدعي مصريا ؟

بقيت نقطة واحدة لايضاح المادة ١٤ م م : هل ينتفع بها كل مدع أم يجب أن يكون المدعي مصرياً ، قياساً على ما جاء في المادة ١٤ مدني فرنسي أم يكتفي بأن يكون مقيما في مصر ؟ جاء في أحد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة[١٠] أن نصوص المادة فيما خالفت فيه قاعدة كون المدعي يسعى لمحكمة المدعى عليه actor sequitur forum rei يجب أن يقتصر نفعها على المدعي المقيم في مصر قياساً على ما جاء في قوانين البلاد الاوروبية من قصر مثل هذه النصوص على رعايا تلك البلاد . وجاء في حيثيات حكم شركة القنال ضد شركة الهافريز[١١] ما يمكن أن يفهم منه اقتصار فائدة المادة على المصري الذي يقاضي أجنبياً بسبب التزاماته المشتملة على عنصر اقليمي مصري (ص ٣٧٠ "")

المدعي يصح أن يكون أجنبياً

ولكن الصحيح في نظرنا أن المادة تنطبق على كل مدع بلا تمييز بين من كان مصرياً أو أجنبياً أو مقيما في مصر أو غير مقيم وذلك لكون الاختصاص

---

(٩) وستليك ص ٢٢٨ — ٢٢٩ ولاحظ أن الحكم الوارد عندنا في بند ٣٣٨ حاشية ٢ مبني على هذه الفكرة

(١٠) س م ١٠ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ١٣٣ نمرة ٢٣٣

(١١) س م ٩ فبراير ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٣٤ نمرة ٢٣٤ و بند ٣٤٠ هنا ص ٣٧٨

فيها فى حالة عدم وجود الاجنبي فى مصر مبنى على عناصر اقليميـة بحتة بدون التفات الى وصف المدعى أو حالته (١٢)

اختصاص محكمة المدعى أو محكمة الاسكندرية

٣٤١ — تطبيق الفقرة التاسعة من مادة ٣٥ مرافعات مختلط (بند ٣٣٤) يلاحظ أن هذه الفقرة مطلقة وقد يفهم منها جواز مقاضاة من كان مقيما فى الخارج ، امام محكمة مقر المدعى أو أمام محكمة اسكندرية بدون قيـد ولا شرط ولـكن الحقيقة هى أن هـذه الفقرة لا تطبق الا من بعد أن يكون الاختصاص ثابتاً للمحاكم المصرية من الوجهة الدولية المقررة فى المادتين ١٣ و١٤ مدنى ومن أجل تطبيقها لابد أن يكون المدعى عليه مصرياً طبقاً للمادة ١٣ أو أجنبياً ملتزماً بالتزام مما هو مقرر فى المادة ١٤ ففى هذه الاحوال وعند عدم وجود أى وجه لاختصاص أى محكمة مصرية دون غيرها من المحاكم المصرية طبقاً للفقرات الثمانى الأولى من المادة ٣٥ مرافعات مختلط يصح رفع الدعوى عليه أمام محل محكمة المدعى فاذا لم يكن له محل فى مصر فيصح رفعها أمام محكمة اسكندرية بصفتها أكبر المحاكم المختلطة وأقرب محكمة مصرية لاوروپا وفيها مقر محكمة الاستئنـاف وذلك هو التفسير الصحيح الذى اتبعته جميع الاحكام المختلطة (١)

---

(١٢) راجع حكم المنصورة المشار اليـه فى حاشية ٣ هنا والحكم الاستئنافى الذى يؤيده وكلاهما صادر فى قضية حاصلة بين شركتين مركزهما الاصلى والادارى فى پاريس وحصل النزاع بينهما بسبب مرور بواخر احداها فى قنـال السويس المعطى امتيازه للاخرى . فهذان الحكمان يؤيدان الرأى الذى نقول به بعدم اشتراط مصرية المدعى أو اقامته فى مصر وما كان المشرع المختلط ليقول بذلك وقد وضعت قوانينه لجميع سكان مصر من مصريين وأجانب ونصوصه مطلقة ومبنية على الاصول التاريخية التى أوردناها هنا والتى لا تميز فيها مطلقاً بين مدع يسكن فى بلد المحكمة وآخر لا يسكن فيهـا — كذلك س م ١٠ مايو ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ٢٤٧ الذى يقرر أن فائدة المادة ١٤ هى لصالح الاجانب كما هى لصالح الاهالى

[٣٤١] (١) س م ١٨ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٤٤ و س م ٣١ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٥٣ و س م ٢٩ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٣٤ و س م ١١ مايو ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ٢٣٩ و س م ١٠ مايو ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ٢٤٧ و س م ٢٩ ديسمبر ١٩١٠ جازيت ١ ص٥١ وراجع المرافعات بند ٦١٧ فى آخر حاشية ١ بخصوص

التقاضى فيمابين الاجانب

٣٤٢ — الاختصاص الدولى فى قضايا الاجانب فيما بينهم : ليس من ضرورة لبحث هذا الموضوع فى مصر لأنه يوجد فيها محاكم تقضى فى كل خلاف يتصور بين الاجانب فيما بينهم : المحاكم المختلطة تختص فيما يدخل تحت نص المادة ١٤ فى جميع المسائل المدنية والتجارية والمحاكم القنصلية تقضى فيما كان منها بين الاجانب ذوى الجنسية الواحدة وفى مسائل الاحوال الشخصية بحسب جنسية المدعى عليه وكل ما يمكن أن يتبقى بعد ذلك هو قضايا الاجانب الذين ليس لبلادهم قنصليات فى مصر وهؤلاء قليلون جداً والنقص بالنسبة اليهم يرجع الى بلادهم التى لم تنشئ لهم قنصليات ويرجع الى الحكومة المصرية التى لم تنص على اعطاء محاكمها من أى نوع كانت ، سلطة اقليمية على كل الاجانب الذين ليس لهم امتيازات

فى فرنسا

واذا رجعنا الى فرنسا حيث لا امتيازات تمنع المحاكم الفرنسية من بسط نفوذها على كل ما يمكن أن يقع من النزاع داخل بلادها أو بسبب وجود المدعى عليه فى بلادها وجدنا أن المحاكم الفرنسية تقرر قاعدة خاصة فى الموضوع من مقتضاها أنها لا تختص بنظر قضايا الاجانب فيما بينهم وأن الاصل انها وضعت للفرنسيين دون الاجانب ولهذه القاعدة استثناءان الأول يجب بمقتضاه على المحاكم الفرنسية أن تحكم وهذا فى القضايا المتعلقة بالعقارات الفرنسية أو التركات التى تفتح فى فرنسا أو المسائل التجارية التى يكون لها علاقة بفرنسا كما هى الحال عندنا فى المادة ٣٥ مرافعات فقرة سابعة أو فى الاحوال التى ينتج الحكم فيها آثاره فى فرنسا . والاستثناء الثانى يجوز بمقتضاه المحاكم الفرنسية أن تنظر فى قضايا الاجانب أو لا تنظر حسب ما تشاء وتختار [٢] وبناء على ذلك لا تختص المحاكم الفرنسية بالنظر فى دعوى الطلاق بين الاجانب ولا فى دعوى خاصة بأعمال تجارية حصلت

تحديد المحكمة المصرية المختصة فى حالة وجود مدعى عليه فى مصر مع آخرين ممن تنطبق عليهم الفقرة التاسعة مادة ٣٥

(٢) راجع ڤاليرى ص ٦٩٨

فى الخارج ولا ينتظر أن يكون لها نتائج فى فرنسا ولا بدعوى متعلقة باصطدام حصل بين بواخر أجنبية خارج المياه الفرنسية ولا فى النزاع الذى يحصل بين رئيس معرض دولى أقيم فى باريس و بين أحد مواطنيه الاجانب بخصوص المعرض[٣] ويقولون ان السبب الحقيقى فى ذلك هو أن المحاكم الفرنسية لا يصح أن تضيع وقتها فى نظر قضايا أجنبية محضة ؛ ولقد انتقد العلماء هذه القاعدة ومع ذلك فهى معمول بها — و يصح هنا مقارنة ما رويناه فى الامتيازات الاجنبية فى بند ١٥٣ "

فى انجلترا

و يظهر أن هذه القاعدة لا أساس لها فى البلاد البريطانية حيث لا يتوقف الاختصاص على الجنسية ولا على الموطن بل يمتد الى كل الأحوال التى يمكن تسليم عريضة الدعوى فيها الى المدعى عليه وهو فى الديار البريطانية التى تجلس فيها المحكمة (بند ٣٤٠ ص ٣٨٢ و بند ٣٣٨ حاشية ٢) بصرف النظر عن أى اعتبار آخر الا بالنسبة للاشخاص الممتازين (ص ٣٦١)

الاختصاص المبنى على التيسير

٣٤٣ — الاختصاص المبنى على التيسير considerations of convenience: تحكم المحاكم المصرية باختصاصها فى أحوال معينة لمجرد التيسير وعلى الخصوص لتحقيق العدالة باصدار حكم واحد فى قضية تهم عدداً من الاشخاص فتقضى فى شأنهم جملة واحدة كما تحكم المحاكم الاجنبية بناء على نفس المبدأ فى مثل هذه الحالة[١] فمثلا اذا لم يكن من الجائز مقاضاة أحد الاجانب فى مصر طبقاً للمادة ١٤ م م فيجوز مع ذلك مقاضاته فيها اذا كان مدعى عليه مع آخرين يمكن مقاضاتهم أمام المحكمة المصرية ولكن يجب فى هذه الحالة أن يكون مدعى عليه حقيقة بمعنى أن لا يلتجئ المدعى الى مقاضاة غيره معه لمجرد اعطاء الاختصاص للمحاكم المصرية ضده وهو فى الحقيقة غير متصل بغيره بما يبيح مقاضاة الجميع أمام محكمة أحدهم لأن ذلك لا يكون عدلا بل يكون غشاً حاصلا لمجرد جلب الاجنبى الى

---

(٣) راجع ڤاليرى ص ٧٠٨ و ٧٠٩ وراجع القضية التى رواها فى ص ٧٠٩

[٣٤٣] (١) قارن دايسى ص ٥٨ و ٥٩

محكمة غير مختصة بالنسبة اليه[٢]

كذلك حكم بأنه عند وجود شرط استثنائى متعلق بالاختصاص ومنازع فى صحته لكونه يحرم المحاكم المصرية من سلطانها الاقليمى على القضية (بند ٣٣٩) فان وجود مدعى عليه آخر لا شبهة فى اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة اليه يسوغ لهذه المحاكم الاختصاص بصرف النظر عن الشرط وصحته أو بطلانه[٣]

كذلك يصح للمدعى عليه أن يدخل فى الدعوى شخصاً ثالثاً باعتباره ضامناً فيها اذا رفعت عليه فى مصر وكان له حق فى الضمان من جانب ذلك الشخص ولو كانت المحاكم المصرية غير مختصة بالنسبة اليه وحده طبقا للمادة ١٤ م م[٤]

الفصل الثالث

الاحكام والسندات الرسمية الاجنبية

عموميات ٣٤٤ — ليس من بلد فى الوجود يعامل الاحكام والسندات الرسمية الاجنبية معاملة الاحكام الصادرة من محاكمه أو السندات المحررة على يد موظفيه الموكول اليهم أمر تحريرها ؛ بل لا بد من المراقبة أو البحث أو التحقيق أو اعادة النظر بشكل من الاشكال قبل أن يصح التمسك بها أو تنفيذها فى بلد غير الذى صدرت فيه ؛ وتختلف القوانين فى بلاد العالم فى هذا الموضوع شدة وتساهلا ولا يخفى أن

الاحكام . للاحكام فى كل قوانين العالم آثاراً متعددة أهمها وأكثرها شيوعاً فى القوانين كافة

---

(٢) راجع المادة ٣٥ فقرة ثالثة مرافعات مختلط و س م ١٨ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٤٤

(٣) س م ٣١ مايو ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٨١ نمرة ١٤٢ ثانيا وحكم اسكندرية المدينة المختلطة فى أول فبراير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٨٧ نمرة ١٥٤

(٤) قارن دايبنى ص ٥٩

هو التنفيذ وحجة الشيء المحكوم فيه . فاما حجة الشيء المحكوم فيه فأساسها احترام الحقوق التى اكتسبت فى الخارج وعدم المساس بها وأما التنفيذ فهو من الآثار المباشرة للحكم ومن مقتضاه تحريك السلطة العامة فى البلد المطلوب فيه التنفيذ لمساعدة الطالب بالقوة الجبرية عند اللزوم للوصول الى حقه المحكوم له به

تنفيذ الاحكام

وسنبدأ هنا بالكلام على التنفيذ نظراً لأهميته ولكونه مظهراً كبيراً يتجلى فيه مقدار احترام الحكومات المختلفة لاحكام البلاد الاجنبية ومقدار استعدادها لمساعدة الافراد فى تحريك السلطة العامة فيها لتنفيذ أحكام صادرة من سلطة تابعة لحكومة أخرى

فى بلاد السويد والنرفيج

ففى بلاد السويد والنرفيج لا يمكن تنفيذ الاحكام الاجنبية ولابد من رفع دعوى بالموضوع الاصلى الذى شمله الحكم و يعتبر هذا الحكم على الاكثر بمثابة قرينة بسيطة لمصلحة المدعى (١)

فى انجلترا

وفى انجلترا صعوبات كبرى فى معرفة قيمة الاحكام الاجنبية واختلاف فى الرأى فيما لهذه الاحكام من الآثار ؛ وتختلف أولا قوة الاحكام الاجنبية فى الجزر البريطانية الآن بحسب الاحوال الآتية : —

١: أحكام المملكة المتحدة

(١) اذا كانت تلك الاحكام صادرة من محكمة عليا من محاكم المملكة المتحدة United Kingdom فيصح تسجيلها فى محكمة عليا أخرى من محاكم المملكة المذكورة بعد التحقق من شروط شكلية خاصة وباستثناء أحوال لا يصح فيها التسجيل ؛ ومتى سجلت كان لها قوة الاحكام الصادرة من المحكمة الحاصل فيها التسجيل (٢)

---

[٣٤٤] (١) وستليك وبلتونش ص ٣٧٩

(٢) لم يدخل هذا الحكم فى القانون الانجليزى الا فى سنة ١٨٦٨ بقانون مخصوص The Judgments Extension Act, 1868 وفى سنة ١٨٨٢ جعل الحكم عاما للمحاكم الصغرى بقانون خاص اسمه The Inferior Courts Judgments Extension Act, 1882 راجع دايسى ص ٤٥٨ قاعدة ١١٦ ووستليك و بلتونش ص ٣٧٩ و ٣٩٠

٢ : أحكام المتلكات البريطانية (٢) اذا كانت صادرة من محكمة عليا من محاكم المتلكات البريطانية British Dominions الخارجة عن المملكة المتحدة فيصح تسجيلها فى محكمة عليا من محاكم المملكة المتحدة اذا رأت هـذه المحكمة انه من العدل ومن المناسب just and convenient اجازة تسجيلها بعد التحقق من استيفاء شروط متعددة ترجع الى الاختصاص والشكل وعدم مخالفة الحكم للنظام العام أو نحوه فى البلد المطلوب فيه تسجيل الحكم[٣]

٣ : الاحكام الاجنبية (٣) بحسب ما اذا كانت صادرة من محاكم أجنبية غير محاكم المتلكات البريطانية أى أجنبية بالمعنى الحقيقى [٤] وهنا لا تميز محاكم انجلترا بين احكام البلاد المختلفة من حيث كونها تجيز تنفيذ الاحكام الانجليزية فيها أولا تجيزها وكل ما يهم فى نظرها هو الالتفات الى الحكم نفسه وتقدير قيمته من حيث هو حكم ولا شك أولا فى انه ليس لأى حكم اجنبي أية قيمة مباشرة باعتباره حكماً أى ان الحكم الاجنبي لا يمكن أن يكون له أثر مباشر فى انجلترا فمثلا لا يصح فيها اجراء مفعول حكم فرنسى بواسطة التنفيذ [٥] ثانياً لا شك فى وجوب رفع دعوى من أجل المطالبة بقيمة المحكوم به أو ما يعادله . فرفع الدعوى واجب محتم فى كل الاحوال ؛ ولكن الشك كبير جدا فى معرفة قيمة الحكم الاجنبي من حيث تأثيره

---

(٣) لم يدخل هذا الحكم فى القانون الانجليزى الا فى سنة ١٩٢٠ بقانون خاص اسمه Administration of Justice Act. 1920 سن بناء على توصية من المؤتمر الامبراطورى الذى انعقد فى سنة ١٩١١ وطلب تسهيل تنفيذ الاحكام داخل الامبراطورية ويلاحظ ان هذا القانون لا يسرى الا على المتلكات التى يصدر أمر من مجلس الملك بسريانه عليها — راجع دايسى ص ٤٦٢ قاعدة ١١٧ ووستليك طبعة بنتويتش ص ٣٩٠ ..

(٤) السبب فى عدم اعتماد احكام سكوتلاندا وايرلاندا مثلا قبل سنة ١٨٦٨ والاحكام الاخرى الصادرة من المتلكات البريطانية قبل سنة ١٩٢٠ هو ان الحكم لابد من أن يسجل فى المحكمة الانجليزية قبل ان يمكن تنفيذه وما كان من الممكن تسجيل احكام غير الصادرة من نفس المحكمة . أما الاحكام الاجنبية الاخرى فلابد من رفع دعوى بطلب تنفيذها . والحكم الذى يصدر فيها هو الذى يسجل

(٥) دايسى ص ٤٢٩ .. قاعدة ١٠٣

على الحق نفسه الذى صدر به الحكم هل يتحول الحق الى ما حكم به فيسقط الحق الاصلى ويحل الحكم محله doctrine of merger [٦] فترفع الدعوى أمام المحكمة الانجليزية بمضمون ما فى الحكم الاجنبي أم يبقى الحق الاصلى وترفع الدعوى به ويكون الحكم كمستند عليه Doctrine of non - merger [٧] واذا كان ذلك فهل يكون الحكم الاجنبي اثباتاً مبدئياً يمكن نقضه أى قرينة على وجود الحق ويمكن دحضها باثبات مايخالفها doctrine of prima-facie evidence أم لا يعتبر اثباتاً تاماً للحق المحكوم به not conclusive evidence أم يعتبر اثباتاً تاماً ؟ ويظهر أن الرأى الذى ساد أخيرا فى انجلترا هو أن الحكم الاجنبي يعتبر على العموم كمستند قاطع فى الدعوى ومع ذلك فيسمح ضده ببعض الدفوع لا بكل الدفوع [٨]

ولا بد لقبول الدعوى بما فى الحكم الاجنبي أن يكون الحكم صادرا من محكمة مختصة طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص فى موضوع الاختصاص ، ويجب أن يكون المحكوم به مبلغاً من النقود وطريق الدعوى هو الطريق المعتاد فى الدعاوى المبنية على سندات . ويجب أن يكون الحكم الاجنبي ملزماً بالدفع حالا فاذا كان لا يمكن تنفيذه فى بلده بسبب ميعاد الاستئناف أو قيام الاستئناف فلا يمكن رفع الدعوى به فى انجلترا فى تلك الاثناء . ولكن اذا كان الاستئناف غير موقف للتنفيذ فى بلده تصح الدعوى

ويجب ألا يكون الحكم قد صدر فى مادة جنائية لأن تنفيذ حكم من هذا القبيل يكون مخالفاً لقاعدة وجوب عدم تنفيذ القوانين الجنائية فى البلاد الأجنبية

---

(٦) قارن كتاب المرافعات بند ١١٠٩ فى تحول حق المدعى بمقتضى الحكم

(٧) يقول بذلك الاستاذ دايسى ص ٤٥٤ و ٤٥٥

(٨) راجع كتاب السير فرانسيس بيجوت قاضى قضاة هونكونج وهو ثلاثة اجزاء على الاحكام الاجنبية والاختصاص وهو مطبوع سنة ١٩٠٨ ، الجزء الاول ص ٢٨ و ص ١٥ — ٣٠ فى بحث الموضوع وستليك بند ٣٢٨

(بند ٣٤٦) ومع ذلك تصح الدعوى بالحق المدنى المحكوم به تبعاً للحكم فى الجريمة [٩] ولا يصح الحكم بتنفيذ مضمون حكم أجنبى فى انجلترا اذا أمكن اثبات أن الحصول عليه كان بطريق الغش من جانب الخصم الذى حصل عليه وهذه القاعدة صحيحة لدرجة انه يمكن لاثبات الغش أن تنظر المحكمة فى الموضوع برمته من جديد [١٠]

خلاصة — ومن ذلك يتبين أن الاحكام الأجنبية لا تنفذ فى انجلترا بصفتها أحكاماً وانه فيما خلا أحكام محاكم المملكة المتحدة ومحاكم الممتلكات البريطانية لا يمكن تنفيذها بصفتها أحكاماً بل لا بد من رفع دعوى بها باعتبارها أسباباً لدعاوى جديدة sued upon as new causes of actions بعكس الحال فى كثير من البلاد الاخرى الأوروبية فان الحكم الاجنبي يصح تنفيذه فيها بعد اجراءات خاصة كما سيتبين مما يلى [١١] وان الاحكام غير الانجليزية التى تنفذ حقيقة فى انجلترا هى فقط أحكام المملكة المتحدة ، وهذه تنفذ دائماً بعد تسجيلها ، وأحكام محاكم الممتلكات وهذه قد تسجل فتنفذ وقد لا تسجل فلا تنفذ ، بحسب ما ترى المحكمة [١٢]

---

(٩) وستليك وبنتويتش الطبعة السادسة ص٣٨٢ وهو ما حكم به فى قضية رولان ضد فيشر سنة ١٩١١

(١٠) المرجع المتقدم ص ٣٩٦

(١١) « « ص ٣٨٠

(١٢) المرجع المتقدم ص ٣٩٠ وهذه النقطة فى منتهى الاهمية بالنسبة لنا فى مصر لان مصر بلاد أجنبية تماما بالنسبة لانجلترا

ويتوقف تنفيذ الاحكام الاجنبية عندنا على شرط التبادل كما يتبين مما يلى فيهمنا معرفة حظ الاحكام الاجنبية فى إنجلترا ليتسنى تطبيق القانون المصرى بالنسبة للاحكام الانجليزية خصوصا لان الاحكام المختلطة الجديدة تريد ان تقول بأن الاحكام الاجنبية تنفذ فى انجلترا على ما يمكن ان يفهم بالنسبة للاحكام الايطالية مثلا وهذا غير صحيح فى نظرنا لانه اذا كانت احكام محاكم الامبراطورية معرضة لعدم التسجيل وعدم التنفيذ كأحكام مع ان حالتها تقتضى العناية والمجاملة الخاصة فان مركز الحكم الاجنبي البحت يكون أقل وضوحا وأقل قيمة (راجع بند ٣٤٥)

٣٤٤ ب — وفى أوروبا وفى مصر يقضى النظام السائد بالنسبة لتنفيذ الاحكام الاجنبية باصدار أمر أو حكم بتنفيذ الحكم الاجنبى ويسمى « الأمر بالتنفيذ » exequatur وهو أمر بتنفيذ الحكم الاجنبى باعتباره حكما في أوروبا ومصر

ومع ذلك فهناك اختلافات كثيرة فى الموضوع : —

أولا : من حيث السلطة التى يكل اليها الشارع النظر فى تنفيذ الاحكام الاجنبية : فيرى بعض البلاد وجوب تقديم الطلب الى محكمة كلية كفرنسا مثلا [١٣] ويرى البعض تقديمه الى محكمة استئنافية كايطاليا مثلا ويرى البعض تقديمه الى رئيس المحكمة الكلية أو قاضى الامور الوقتية فيها كما فى القانون المختلط ، والبعض الآخر لم يحدد السلطة القضائية المختصة بالامر بالتنفيذ كما فى القانون الأهلى ما هى السلطة المختصة

ثانياً : من حيث وجوب سبق فحص الحكم أو عدم فحصه من حيث الموضوع قبل الأمر بتنفيذه : هل هو حكم صحيح من حيث الوقائع التى اعتمدها ومن حيث التطبيق القانونى ؟ استقرت الاحكام الآن فى فرنسا على وجوب فحص كل حكم أجنبى فحصاً تاماً من كل الوجوه المذكورة اللهم الا اذا كان هناك معاهدة بين فرنسا والبلد الصادر منه الحكم ومن مقتضاها أن تنفذ الاحكام بين البلدين بلا مراجعة ففى هذه الحالة لا يراجع الحكم [١٤] ومع ذلك فهناك شروط لا بد من استيفائها دائماً حتى فى حالة وجود معاهدات (بند ٣٤٤ د) ويسمى هذا النظام نظام المراجعة Système de revision لأن المحكمة تفحص القضية وتراجع الحكم فيها من جديد هل يفحص الحكم ولاى حد ؟ فرنسا

---

(١٣) وان كان بعض الشراح يرى جواز تقديم الطلب على عريضة ترفع الى غرفة المشورة فى المحكمة المدنية ليحكم فيه نهائياً حتى ولو كان الحكم تجاريا (جارسونيه طبعة ثانية ٨ بند ٢٩٥٢)

(١٤) فى فرنسا النص الوحيد فى الاحكام الاجنبية هو الفقرة الاخيرة من المادة ٢١٢٣ مدنى المحال عليها من المادة ٥٤٦ مرافعات وهى خاصة بالرهن القضائى فتنص الفقرة على عدم جوازه بمقتضى الاحكام الاجنبية الا اذا تقرر جعلها نافذة بواسطة محكمة فرنسية

نظام التبادل

٣٤٤ ج — وهناك نظام آخر يسمى نظام التبادل Système de réciprocité وقد أخذ به اتحاد الحكومات الالمانية الذى أنشأه مؤتمر فينا فتقرر أن تنفذ الاحكام الصادرة من المحاكم الالمانية ، والصادرة من المحاكم الاجنبية التى تقر حجة الشيء المحكوم به من المحاكم الالمانية ، بدون فحص ولا مراجعة وقد نصت على ذلك المادة ٦٦١ من قانون المرافعات الالمانى الذى عمل به من سنة ١٨٧٩ فقالت بصدور حكم التنفيذ jugement d'exequatur بدون بحث فى صحة الحكم المطلوب تنفيذه sans examen du bien - fondé de la décision بشروط منها التأكد من جواز تنفيذ الاحكام الالمانية فى البلد الصادر منه الحكم المطلوب تنفيذه

وقد انتشر نظام التبادل هذا فى اوروبا انتشاراً كبيراً فقررته سويسرا وحكومات ايطاليا وفى اسپانيا يشرط التبادل فى حالة عدم وجود معاهدات خاصة ومع ذلك ينفذ الحكم الاجنبى اذا تبين أنه لم يسبق أن رفضت المحاكم الاجنبية تنفيذ الاحكام الاسپانيولية (١٥)

ويظهر أن أكثر القوانين تسامحاً وتفصيلا فى موضوع الاحكام الاجنبية هو القانون الايطالى الذى يجيز تنفيذها بدون اشتراط التبادل و بدون لزوم لفحصها من حيث الموضوع ويليه القانون الالمانى الذى يشترط التبادل والقانون المختلط الذى يشترطه أيضاً ويسهل التنفيذ فيجعله بطريق الأمر على عريضة

الشروط الذاتية للحكم

٣٤٤ د — وبجانب شرط التبادل وفى الاحوال التى لا ضرورة فيها لبحث الحكم الاجنبى من حيث الموضوع وحتى فى حالة عدم اشتراط التبادل ولا البحث فى الموضوع ، وحتى فى حالة وجود معاهدات تجيز التنفيذ بلا بحث موضوعى ، نجد أن جميع قوانين العالم تتطلب استيفاء شروط خاصة تضمن أن يكون الحكم فى ذاته حكماً صحيحاً محترماً بصرف النظر عن صحته من حيث الموضوع

---

(١٥) وستليك وبنتويتش ص ٣٩٢ و ٣٩٣

فى القانون الايطالى

فمثلا يتطلب القانون الايطالى ، وهو الذى يجيز تنفيذ الاحكام الاجنبية بلا تمحيص ولا تبادل ، ان يكون الحكم صادراً من محكمة تملك الاختصاص فى القضية [١٦] وأن يكون الخصوم قد أعلنوا طبقاً للقانون ومثلوا فيها تمثيلا قانونياً أو اعتبروا غائبين بعد اتخاذ الاجراءات الصحيحة ضدهم وان لا يشتمل الحكم على أمر يخالف النظام العام أو القانون العام الايطالى [١٧]

فى القانون الالمانى

وينص القانون الالمانى الذى لا يتطلب تمحيصاً من حيث الموضوع ، على عدم منح الأمر بالتنفيذ فى الاحوال الخمس الآتية : ١ً اذا لم يحز الحكم الأجنبى قوة الشىء المحكوم فيه نهائياً بحسب قانون المحكمة التى أصدرته ؛ ٢ً اذا كان الغرض من التنفيذ قهر المدين على عمل معين لا يقهره عليه القانون الالمانى ؛ ٣ً اذا لم يكن الحكم صادراً من محكمة مختصة بحسب القانون الالمانى ؛ ٤ً اذا كان المدين المانياً ولم يكن حاضراً فى الدعوى ما لم يكن الاعلان قد سلم اليه شخصياً فى البلد الذى صدر فيه الحكم أو ارسل اليه فى المانيا بالطرق المتبعة بين المحاكم من باب المساعدات المتبادلة ؛ ٥ً اذا لم يتوافر شرط التبادل (مادة ٦٦١ مرافعات المانى)

القانون المصرى

٣٤٤ ه — هذا والمادتان المصريتان الوحيدتان فى الموضوع هما المادة ٤٦٨ مرافعات مختلط والمادة ٤٠٧ مرافعات أهلى التى تقابلها وهذا نصهما : —

المادة ٤٦٨ مختلط : الاحكام الصادرة فى البلاد الأجنبية من محاكم أجنبية تكون نافذة فى الديار المصرية بمجرد صدور أمر من رئيس المحكمة بشرط التبادل [١٨]

المادة ٤٠٧ أهلى : أحكام المحاكم الاجنبية تصير نافذة فى مصر بنفس

---

(١٦) الاختصاص المقصود هنا هو الاختصاص الدولى على ما سيرد شرحه فى بند ٣٤٦ مكرراً

(١٧) مادة ٩٤١ من قانون المرافعات الايطالى المعدلة فى سنة ١٩١٩ وراجع التعليقات على قانون المرافعات الالمانى طبعة وزارة حقانية فرنسا تحت مادة ٦٦١ وقارن لامانا فى الجازيت ٢ ص ١٧٥ وس م ١٨ يناير ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٩ نمرة ٢٧

(١٨) فى الترجمة العربية للقانون : بشرط ان احكام المحاكم المصرية تكون نافذة أيضا فى تلك البلاد والاصل à charge de réciprocité

الشروط ومع مراعاة نفس الاجراءات المطلوبة ، فى الأحوال المشابهة ، فى قوانين البلاد التى صدرت فيها تلك الاحكام [١٩]

القانون المختلط

٣٤٤ و — يقرر القانون المختلط شرط التبادل صراحة لكل الاحكام الصادرة فى الخارج و بذلك لا تسرى هذه القاعدة على الاحكام الاجنبية الصادرة فى مصر أى أحكام المحاكم القنصلية الصادرة فى مصر فانها تنفذ بواسطة رجال القضاء المختلط بلا حاجة للأمر بالتنفيذ ومع ذلك فيجب وضع الصيغة التنفيذية المصرية عليها من المحاكم المختلطة أسوة بالاحكام المختلطة نفسها ويكون وضع هذه الصيغة بواسطة كبير الكتاب فى المحكمة المختلطة المطلوب منها التنفيذ [٢٠]

والاحكام الصادرة فى الخارج تنقسم الى قسمين قسم صادر فى الاستئنافات أو طرق الطعن الأخرى التى رفعت عن أحكام قنصلية صادرة فى مصر وهذا القسم يأخذ حكم الاحكام القنصلية تماما فأحكام محكمة اكس Aix مثلا بالنسبة للاستئنافات المرفوعة عن أحكام قنصليات فرنسا وأحكام محكمة أنكونا Ancona وبالنسبة للاستئنافات المرفوعة عن أحكام قنصليات ايطاليا تعتبر كأحكام قنصلية لا كأحكام أجنبية صادرة فى الخارج [٢١] أما القسم الآخر وهو الشامل للاحكام الاجنبية الصادرة فى الخارج بدون أن تكون الدعوى قد ابتدأت فى مصر فى احدى

---

(١٩) فى الترجمة العربية للقانون : الاحكام الصادرة من محاكم بلدة من البلاد الاجنبية يجب لجعلها نافذة فى الديار المصريه ان توضع عليها صيغة التنفيذ بمراعاة الشروط والاجراءات التى تقتضيها قوانين تلك البلدة فيما يتعلق بتنفيذ احكام غيرها من البلاد فيها . وشتان ما بين الاصل والترجمة خصوصا فى قول الترجمة « توضع عليها صيغة التنفيذ » وهذه الجملة ليس لها أثر فى النص الفرنسى وهى خطأ لان المطلوب هنا جعلها تنفيذية باى شكل إلا بواسطة وضع صيغة التنفيذ fromule exécutoire عليها اذ شتان بين هذه والامر بالتنفيذ Exequatur الذى هذا محله الطبيعى

(٢٠) س م ٢٦ مارس ١٨٩٠ مج ت م ٢ ص ٦٣ و س م ٢٢ نوفمبر ١٨٩٣ مج ت م ٦ ص ٢٨ وغيره كثير وراجع كتاب التنفيذ بند ٤٤

(٢١) راجع حكم محكمة مصر المختلطة فى ٣١ يناير ١٩١٩ جازيت ٩ ص ٨٠ رة ١٢٩ ثانيا

القنصليات فهى وحدها التى يجب لها الامر بالتنفيذ باعتبارها داخلة تحت نص المادة ٤٦٨ [٢٢]

الاجراءات والاجراءات التى نص عليها القانون لتنفيذ الاحكام الاجنبية هى اجراءات الأوامر على العرائض ordonnances sur requêtes المقررة فى المواد ١٣٠ الى ١٣٥ مرافعات مختلط ولكن هذا النص لا يمنع مطلقاً من جواز رفع دعوى معتادة بطلب تنفيذ الحكم الاجنبى أمام المحاكم المدنية الكلية المختلطة ولذلك تكون الطريقتان جائزتين [٢٣]

٣٤٥ — هذا وأغلب الاحكام الصادرة من المحاكم المختلطة بالنسبة للشروط الواجب توافرها قبل الامر بتنفيذ الاحكام الاجنبية مرتبك ومملوء بالخلط بين شرط التبادل وغيره [١] ولم نعثر الا على حكم واحد قرر النظرية التى نراها صحيحة ووضعها بالوضوح الكافى [٢] وهذه النظرية توحى بها مقارنة الشرائع فى الموضوع وقد وصلنا اليها قبل أن نكون قد اطلعنا على الحكم المذكور وكان ذلك من باب القياس على حالة تنفيذ الاحكام الاجنبية فى فرنسا عندما يكون الحكم صادراً من بلد متعاهد مع فرنسا على التنفيذ بلا بحث من حيث الموضوع مع التبادل الناشئ عن التعاهد فقضت المحاكم الفرنسية ورأى كبار الشراح ضرورة استيفاء شروط خاصة فى الحكم نفسه تجعله محترماً بصفته حكماً و بدونها لا يستحق هذا الاسم [٢ب]

وتتلخص هذه النظرية فيما يأتى : كلما قدمت عريضة الى رئيس المحكمة المختلطة ليأمر عليها بتنفيذ حكم أجنبى وجب عليه البحث فى توافر الشروط التى

---

(٢٥) فى الفرق بين الصيغة التنفيذية والامر بالتنفيذ راجع لامانا فى الجازيت ٢ ص ١٣٥ و ١٥٥ وكتاب التنفيذ بندى ١٩ و ٢٠

(٢٦) س م ٢٧ يناير ١٨٩٨ مج ت م ١٠ ص ١١٦ وس م ٢ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٢ ص ٢٧٩

[٣٤٥] (١) راجع مجموعة العشر سنين الاولى مج ت م نمرة ١٤٧٤ — ١٤٨٧ والثانية نمرة ١٤٤٣ — ١٤٥٢

(٢) س م ٢٧ ابريل ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٢٨٩

(٢ب) قارن جارسونيه ٨ بند ٢٩٥٠ ص ١٩٣ وما مر هنا فى بند ٣٤٤ د

شروط التنفيذ قسمان

تخول التنفيذ فى القطر المصرى واثبات هذه الشروط موكول الى الطالب[٣] وتلك الشروط قسمان قسم يرجع الى قابلية تنفيذ الحكم بصفته صادراً من بلد أجنبى معين وقسم يرجع الى قابليته للتنفيذ فى ذاته

الاول — الثانى

تحت القسم الاول ينظر الرئيس فيما اذا كان شرط التبادل قد توافر ، وتحت القسم الثانى ينظر ، فى حالة توافر شرط التبادل ، فيما اذا كان الحكم مستكملا شرائط الحكم الصحيح الواجب التنفيذ لذاته بصفته حكماً واجب الاحترام والتنفيذ فى مصر

القسم الاول : التبادل

أولا — ينظر القاضى فى توافر شرط التبادل : ومعنى ذلك أنه ينظر فيما اذا كان الحكم صادراً من بلد يجيز تنفيذ الاحكام المصرية فيه أم لا يجيزه : فان وجد أنه لا يجيزه كما هى الحال فى السويد والنرفيج (بند٣٤٤) رفض الامر بالتنفيذ بادى الرأى[٤]

وان وجد أنه لا يجيزه الا بعد رفع دعوى واجراء ابحاث وتطلب شروط فيجب عليه البحث ، فى القانون الاجنبى الذى صدر الحكم تحت سلطانه ، فى ماهية الشروط المذكورة وكنهها — فاذا كانت شروطاً داخلة تحت القسم الثانى ولا مساس لها مطلقاً بصحة الحكم أو بطلانه من حيث الموضوع ، وكان البحث يرمى ، بعد التحقق من الشروط المذكوره ، الى تقرير إجازه تنفيذ الحكم الاجنبى بصفته حكماً

---

(٣) اذ يجب عليه ان يقتنع الرئيس بتوافرها جميعا — قارن س م ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ٩ ص ٨٣ — ومعلوم ان الخصم لا يطلب للحضور امام الرئيس لان اجراءات الاوامر على العرائض لا تستلزم ذلك فيكون كل اعتماد الرئيس على ما يقدمه الطالب من البيانات فاذا اشكل عليه أمر جاز له ان يطلب اعلان الخصم اذا كان حضوره أو حضور وكيل عنه ميسورا وعلى كل حال فللخصم ان يعارض فى أمر التنفيذ امام الرئيس نفسه وله ان يطعن فيه امام المحكمة المدنية كسائر الاوامر على العرائض (المرافعات بند١٠٦٣)

(٤) لان الحكم يكون صادرا من بلد لا يجيز تنفيذ الاحكام المصرية بصفتها أحكاما وهذا هو محك شرط التبادل فنحن أيضا لا نجيز تنفيذ احكامه ويجب على المحكوم له ان يرفع دعوى بما يدعى ويكون للحكم قوة الاثبات التى يمنحها القانون الاجنبى للحكم المصرى أمام محاكم البلد المذكور

أجنبياً فان شرط التبادل يعتبر متوافراً سواء كانت الاجراءات المتبعة فى البلد الاجنبي هى اجراءات الدعوى المعتاده أو اجراءات استثنائية خاصة ، و بصرف النظر عن السلطة التى يكل اليها القانون الاجنبي النظر فى الاحكام الاجنبية هل هى رئيس المحكمة أم محكمة كلية أم محكمة استئنافية لأ نه لا تبادل فى الاجراءات ولا فى الاختصاص[٥] وانما التبادل هو فى إجازة التنفيذ للحكم أولاً بصفته حكماً وثانياً بدون اجراء أية رقابة ما على المحكمة التى أصدرته لمعرفة ما اذا كان مطابقاً للقانون والعدالة أو غير مطابق — واذا كانت الشروط التى يتطلبها القانون الاجنبي ترجع الى الرقابة المذكورة كما هى الحال فى فرنسا وبلجيكا فانه يرفض الامر بالتنفيذ[٦] لأ نه لا سلطة له فى مراجعة الحكم بالشكل المذكور ولطالب التنفيذ أن يرفع دعوى معتادة يطلب فيها التنفيذ[٧]

---

(٥) لان الاجراءات فى كل بلد من خاصة ذلك البلد والمهم ما توصل اليه الاجراءات ولا تبادل فى الاختصاص لانه ايضا مرتبط بالنظام القضائى لكل بلد ولان المهم هو النتيجة التى تصل اليها المحكمة أو السلطة المختصة — وقد جاء فى مقالة كتبها المرحوم ڤيدال باشا ناظر مدرسة الحقوق المصرية قديما ، فى مجلة كلونيه ١٨٨٧ ص ٢٨٠ ما يقتضى وجوب التبادل فى اختصاص الرئيس ايضا أو فى الاجراءات ، بان تكون طريقة الاوامر على العرائض هى المستعملة فى البلد الاجنبي الذى صدر منه الحكم ولكن هذا الرأى غير صحيح فى نظرنا والمحاكم المختلطة لم تقل به (الا فى حكم ابتدائى — جازيت ٥ ص ٤٣ نمرة ١٠٠) وذلك لان المشرع المختلط أراد بلا شك تسهيل تنفيذ الاحكام الاجنبية لا منع تنفيذها بالكلية لانه من الثابت عندنا عدم وجود بلاد أجنبية تجعل النظر فى الاحكام الاجنبية من شأن رئيس المحكمة وباجراءات الاوامر على العرائض وڤيدال باشا نفسه لم يذكر بلداً هذه حاله وقد أراد المشرع المختلط التسهيل كما قلنا فمنح الاختصاص فى هذا الموضوع للرئيس متى توافر شرط التبادل

(٦) س م ٢ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٢٨٠ وقارن س م ١٧ دسمبر ١٨٩٦ مج ت م ٩ ص ٨٣ الذى قرر بان القاضى لا يتعرض لوقائع الدعوى الواردة بالحكم الاجنبي — وانما ينحصر عمله فى البحث وراء شرط التبادل والشروط الشكلية الاخرى دون التعرض لاعادة النظر موضوعا فى الحكم سواء كانت هذه الاعادة جزئية أو كلية

(٧) وفى هذه الحالة يعاد النظر فى الحكم الفرنسى كما يفعلون هم بحكمنا ولكن ذلك لا يقتضى اعادة النظر فى كل اعمال التحقيق واعتبارها كان لم تكن وان كان للمحكمة أن تنظر فيها اذا كانت قد حصلت طبقاً للقانون الفرنسى مثلا — س م ٣٠ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٤٩

كذلك يجب أن يرفضه اذا كان لا بد من رفع دعوى بالدين المحكوم به فى مصر أو بمضمون الحكم الصادر فى مصر ، أمام المحاكم الاجنبيـة الصادر منها الحكم لان هذه الدعوى قد تقبل وقد لا تقبل وعلى كل حال فان الحكم الذى يصدر هو الذى ينفذ دون الحكم المصرى وهذه حالة الاحكام الصادره من محاكم انجليزية أو بريطانية على العموم (٨) وقد صدر حديثاً بعض أحكام من المحاكم المختلطة يقضى بوجوب تنفيذ الاحكام الانجليزية فى مصر بدون مراجعة باعتبار أن شرط التبادل متوافراً (٩) وسبب ذلك أن لهجة القانون الانجليزى أو الاحكام الانجليزية تغرى بالقول بهذا الرأى حيث يقولون مثلا بتنفيذ الاحكام الاجنبية عندهم و بقبول هذه الاحكام (١٠) ولكن أساس الاحكام المختلطة الجديدة غير صحيح اذا الاحكام الاجنبية لا تنفذ مطلقاً فى انجلترا وانما ترفع بها دعاوى جديدة وتختلف قوه الحكم فى الاثبات بحسب الاحوال والظروف (بند ٣٤٤) ولا يستثنى من هذه القاعدة غير أحكام المملكة المتحدة وأحكام الممتلكات البريطانية طبقاً لما ذكرناه فى بند ٣٤٤ فهذه هى وحدها التى تنفذ فى انجلترا بعد تسجيلها و بعد مراقبة وفحص شديدين جداً و بعضها لا ينفذ بالنص الصريح فهل بعد هذا البيان يصح

---

(٨) قارن س م ٣٠ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٤٢

(٩) س م ١٥ يونيه ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٤١ نمرة ٦١ وقد قرر هذا الحكم ان الحكم السابق اما ان يكون مبنيا على معلومات خاطئة واما ان تكون الاحكام قد تغيرت فى انجلترا من بعده وقد اعتمدت المحكمة على حكم انجليزى نشر فى كلونيه ١٩١٣ ص ٦٣٤ وهو صادر من المحكمة العليا فى ٢٦ ابريل ١٩١٢ وكان الحكم المطلوب تنفيذه أمام المحكمة الانجليزية صادرا من كندا Canada . راجع ايضا س م ١٣ ابريل ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٦٦ نمرة ٢٩٠ فانه حاول ان يشبه الاجراءات الانجليزية بالاجراءات المصرية والفرق كبير (راجع بند ٣٤٤ ص ٣٨٧ ،) قارن هذا بما يقوله وستليك نفسه من اختلاف الحال عندهم وفى البلاد التى تجيز التنفيذ باصدار أمر به (ص ٣٨٠ منه) بدون لزوم لرفع قضية جديدة للمطالبة

(١٠) راجع مثلا العنوان الوارد فى وستليك Enforcing foreign judgments ولكن أول كلمة فى الموضوع هى وجوب رفع دعوى جديدة بالمطالبة بما جاء فى الحكم الاجنبى أو بالدين الثبوت فى الحكم الاجنبى كالدعاوى التى ترفع بالديون المثبتة بسندات (ص ٣٧٩ منه) ويقول دايسى ص ٤٢٩ أن الحكم الاجنبى لا يمكن تنفيذه مباشرة بواسطة التنفيذ

القول بأن الاحكام الانجليزية تنفذ فى مصر لان التبادل موفور ؟ ان الطريقة الصحيحة لتنفيذ هذه الاحكام فى مصر هى رفع الدعوى بها لا سلوك اجراءات الاوامر على العرائض كما فى المادة ٤٦٨ مرافعات مختلط . وهذه الدعوى غير مقيدة بقيود خاصة ، ويطلب فيها الحكم بما تحكم به محاكم انجلترا بالنسبة للاحكام المصرية فيطلب فيها الحكم بالدين المثبوت بالحكم الانجليزى ولا تحكم به المحكمة الا اذا ثبتت لديها صحة الحكم من حيث هو حكم ، وتقبل فى هذه الحالة كل الدفوع التى يجيزها القانون الانجليزى ضد الحكم المصرى (١١)

وكذلك يعتبر شرط التبادل متوافراً من بادئ الامر اذا نص القانون الاجنبى على تنفيذ الاحكام الاجنبية بشرط التبادل كما هى الحال فى القانون الالمانى (٣٤٤د) وفى النمسا وفى المجر (١٢) أو كان ينص على استيفاء الابحاث الخاصة بالقسم الثانى دون أن ينص على وجوب التبادل كما هى الحال فى القانون الايطالى (٣٤٤ د)

القسم الثانى : فى الحكم ذاته

ثانياً — اذا وجد القاضى أن شرط التبادل قد توافر فيجب عليه أن يبحث فى الحكم نفسه من الوجوه الآتية قبل الامر بتنفيذه حتى يتأكد أن هذا الحكم قد توافرت فيه شروط الحكم الصحيح الواجب التنفيذ فى مصر وهى ستة شروط

١) أن يكون صادراً من محكمة مختصة بحسب القانون الذى صدر الحكم تحت سلطانه (١٣)

---

(١١) القانون المصرى لم ينص على ذلك ولكن القواعد العامة تقتضى المعاملة المتبادلة فى هذه المسائل وهنا يظهر الضرر الذى سببته نظرية المجاملات الدولية (بند ٢٣٠) وكان العدل لو اجيز تنفيذ الحكم بدون التفات الى شرط التبادل لان الحكم يعتبر حقا مكتسبا للمحكوم له — ويلاحظ ان الحكمين المختلطين الواردين فى حاشية ٩ المتقدمة لم يميزا بين طلب التنفيذ من الرئيس وبين رفع دعوى بالحكم مع ان الفرق عظيم من وجوه متعددة

(١٢) كلونيه سنة ١٨٧٧ ص ٢١٠

(١٣) الغرض من ذلك ان تكون مختصة دوليا بحسب قانونها ولا يهم كونها لم تكن مختصة بالنظر ، لكون الشارع قد جعل الاختصاص لمحكمة اخرى من محاكمه فاذا كانت القضية تجارية مثلا ونظرت امام محكمة مدنية وحكم فيها فهذا الحكم يكون صحيحا دوليا لان الدفع بعدم الاختصاص كان يجب تقديمه قبل الحكم النهائى وكل ما يهم دوليا هو ان تكون محاكم الاقليم الصادر فيه الحكم مختصة بصرف النظر عن أيها المختص —.وستليك و ينتوينش بند

٢) أن يكون صادراً من محكمة مختصه طبقاً لقواعد الاختصاص المقررة لحاكم كل دولة فى القانون الدولى(١٤)

٣) أن يكون المدعى عليه قد أعلن اعلاناً صحيحاً للحضور أمام تلك المحكمة واذا كان الحكم صادراً غيابياً فيجب ان يكون مشتملا على بيان ذلك(١٥)

٤) ان يكون الحكم المطلوب تنفيذه نهائياً ، له قوة الشيء المحكوم فيه ، وقابلا للتنفيذ فى البلد الذى صدر فيه(١٦)

٥) الا يكون قد صدر حكم واجب التنفيذ فى نفس الموضوع و بين الخصوم

---

٣١٩ ص ٣٨٢ ،، ودايسى ص ٤٣١ و ٤٣٢ وراجع ايضا المرافعات مقارنا بند ٥٣٤ ،، بند ٥٥١ ،، وراجع ما سيأتى فى بند ٣٤٦ مكررا

(١٤) راجع فى تفصيل هذا الموضوع بند ٣٤٦ مكررا

(١٥) الغرض التأكد من أن الاعلان قد حصل طبقاً للقانون حتى تنتفى بذلك مظنة التواطؤ أو الغش لعدم توصيل الاعلان الى المعلن اليه وراجع فى هذه الاجراءات كتاب المرافعات بند ٦٨٣ و ٦٩١ ،، خصوصاً حاشية ٣ ص ٤٩٦ منه وقارن حكم محكمة مصر المختلطة فى ١٤ فبراير ١٩٢١ جازيت ١١ ص ٩٢ نمرة ١٢٦ حيث ذكر أن من موجبات عدم السماح بالامر بالتنفيذ أن يكون المحكوم له قد حصل على الحكم بطريق الظلم أو الغش بدون أن يعلم المحكوم عليه بقيام الدعوى ضده

(١٦) وقد حكم بأن النقض والابرام المرفوع فى أثينا عن حكم يونانى لا يوقف تنفيذ ذلك الحكم فى مصر — س م ١٤ دسمبر ١٨٩٨ مج ت م ١١ ص ٤٥ وقارن حكم اسكندرية المختلطة فى ٣٠ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٤٠ نمرة ٦٠ الذى لم يجز التنفيذ لحكم قنصلى صادر من محكمة أديس أبابا فى بلاد الحبشة لانه كان مرفوعا عنه استئناف ورغم كونه كان مشمولا بالنفاذ المعجل لان النفاذ المطلوب لابد وأن يكون نهائياً حتى لا يعرض أمر التنفيذ للسحب اذا ما الغى النفاذ أو الحكم . ولنا على هذا الحكم ملحوظتان الاولى أن تطلب كون الحكم نهائياً هو شرط فى محله نظرا لان المحكمة المصرية ستأمر بالتنفيذ فيجب ألا تأمر به الا اذا كان الحق فيه نهائيا بعكس الحالة فى انجلترا مثلا فان الحكم الاجنبى لا يؤمر بتنفيذه بل ترفع به دعوى ولذلك قرروا قبول الدعوى ولو لم يكن الحكم نهائيا وحتى ولو كان مرفوعا عنه استئناف لان الدعوى ليست تنفيذا فتقبل ويجوز للقاضى ان يوقف تنفيذ حكمه حتى يصبح الحكم الاجنبى نهائيا (دايسى ص ٤٥٠) والملحوظة الثانية ان الاحكام الفرنسية لا تنفذ بأمر من رئيس المحكمة لان التبادل غير متوافر ولعل طلب تنفيذ الحكم القنصلى قدم بطريق الدعوى أمام المحكمة الكلية فهذه الطريقة تجعل المحكمة فى حل من البحث فى صفة الحكم من أول الامر

أنفسهم من المحاكم المصرية [١٧]

٦) ألا يكون مخالفاً لمبادئ النظام العام المعتبرة فى القانون المصرى أو القانون الدولى على العموم [١٨]

الطعن فى أمر التنفيذ

فاذا تحققت هذه الشروط جميعاً فان القاضى يأمر بالتنفيذ والا فيرفضه [١٩] أو اذا كان قد سمح به فيسحب أمره أو يلغيه اذا ما حصلت المعارضة فيه أمامه وكذلك تفعل المحكمة الكلية اذا ما طعن فى الأمر أمامها ويجوز التظلم من حكم هذه المحكمة أمام محكمة الاستئناف [٢٠]

رفع الدعوى بالحكم الاجنبى

واذا خشى الطالب عدم توافر شرط التبادل أو كان الحكم المطلوب تنفيذه غير نهائى فيجدر به أن يرفع الدعوى بطلب تنفيـذه أمام المحكمة الكلية المدنية التى كان يصح رفع الدعوى فيها اذا لم يكن ثمت حكم أجنبى ، وتنظر هذه المحكمة فى الدعوى بمراعاة مثل الاصول التى تتبعها المحكمة الاجنبية الصادر منها الحكم

---

(١٧) فان التنفيذ يكون واجبا فى هذه الحالة للحكم المصرى دون الاجنبى — قارن جارسونيه ٨ طبعة ثانية بند٢٩٥٠ ص ١٩٣ و س م ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ص٨٣ حيث كان المطلوب تنفيذ حكم صادر من محكمة جدة العثمانية لمصلحة تاجر هندى من كلكتا ضد أحد المصريين وكان الحكم مخالفا لحكم مختلط صدر فى الموضوع ضد التاجر الهندى و س م٢ مايو ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٢ نمرة ٤١٦ وهو متعلق بحجة الشىء المحكوم فيه فى الخارج وفى مصر والمبدأ واحد سواء كان الغرض تنفيذ الحكم الاجنبى أو التمسك به باعتباره مقررا للمحكوم به فى الخارج وتطبيق الموضوع واراد هنا فى بند٤١٣ فى الافلاس وقارن أيضا حكم اسكندرية فى ٢٧ مايو ١٩٠٥ مج ت م ١٨ س ٣٣٧ فى المبدأ على العموم وفى تنفيذ حكم قنصلى استئنافى صادر من محكمة انكونا بايطاليا ومناقض لحكم مختلط وقد قررت المحكمة من الوجهة القانونية ان مبدأ سيادة الحكومة المحلية يقضى بتضحية الاحكام الاجنبية فى سبيل تنفيذ الاحكام الصادرة من محاكم السلطة المحلية

(١٨) راجع فى معنى ذلك ما يأتى فى بند ٣٤٦ شرحا على هذا الموضوع

(١٩) راجع معظم هذه المبادىء فى حكم مهم صادر من الاستئناف المختلط فى ٢ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٢٧٩ ،، و س م ٢٧ ابريل ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٢٨٩ وكذلك س م ١٨ يناير ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٩ نمرة ٢٧ بخصوص حكم ايطالى

(٢٠) راجع المرافعات بند١٠٦٣ وحكم محكمة مصر المختلطة فى ١٤ فبراير ١٩٢١ جازيت ١١ ص ٩٢ نمرة ١٢٦ حيث قضت المحكمة بالمعنى المتقدم وبانه لا تجوز المعارضة فى الحكم الاجنبى نفسه لان ذلك لا يكون الا امام المحكمة التى أصدرته

تلقاء الاحكام المصرية وحكمها هو الذى يكون سند الطالب فى التنفيذ[٢١]

فى المحاكم الاهلية

٣٤٥ مكرراً — تنفيذ الاحكام الاجنبيــة بواسطة القضاء الاهلى : تراجع المــادة ٤٠٧ أهلى فى ص ٣٩٣ هنــا وهى تقرر شرط التبادل كما هو موضح فى ص٣٩٦ فلا نعود الى تكراره هنا ، بيد أن المــادة المذكورة لا تعين المحكمة أو السلطة المختصة بتنفيذ الاحكام الاجنبية والرأى الصحيح فى هــذا الموضوع هو اختصاص المحاكم الكلية لا الجزئية ولا رؤساء المحاكم كما جاء فى القانون المختلط بالنص الصريح[٢٢]

وتتبع المحكمة الكلية فى نظر الحكم الاجنبى المعروض عليها نفس القواعد المقررة فى قانون المحكمة التى أصدرت الحكم من حيث سير الدعوى والتحقيق فيها فاذا كان القانون الاجنبى يقرر شرط التبادل حكمت بالتنفيذ بعد التحقق من توافر الشروط المتعلقة بالحكم ذاته الواردة تحت القسم الثانى فى ص ٣٩٩، وان كان يقرر عدم التنفيذ ووجوب النظر فى الموضوع من جديد فعلت ذلك أيضاً وان كان يكتفى بمراجعة مسائل القسم الثــانى المذكور اعتبرت التبادل متوافراً واكتفت بمراجعة المسائل المذكورة

ويلاحظ أن الاحكام الاجنبية التى يطلب تنفيذها من المحاكم الاهلية يجب حتما أن تكون صادرة بين اثنين أو أكثر من الاهالى أثناء وجودهم أو اقامتهم خارج القطر أو فى ظروف يكون فيها للمحكمة الاجنبية الصادر منها الحكم سلطان أو

---

(٢١) قارن الامر الصادر من رئيس محكمة اسكندرية المختلطة فى ٢٧ مارس ١٩١٤ جازيت ٤ ص ١٤٧ نمرة ٣٥٦ بعدم اختصاصه باصدار أمر بتنفيذ حكم فرنسى والمستند الى حكم مهم صادر من الاستئناف المختلط فى ٢ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٧ ص ٢٧٩ يقرر المبادئ الهامة فى الموضوع والتى لا تختلف عما ذكرناه هنا والحكم المطلوب تنفيذه كان فرنسيا و س م ٣٠ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٤٢ وكان الحكم انجليزيا فقررت المحكمة العليا برفض طلب التنفيذ ووجوب رفع الدعوى امام المحكمة المختصة

(٢٢) راجع التعليل فى كتاب التنفيذ بندى ٥٨ و ٥٩ ص ٤٨ و ٤٩

عليهم طبقاً لقواعد الاختصاص الدولى (ص ٤٠٤) فاذا كان أحد أصحاب الشأن فى تنفيذ الحكم من الاجانب كان الاختصاص فى تنفيذه للمحاكم المختلطة بحسب القواعد العامة

النظام العام الدولى ؟

٣٤٦ — ما هى مبادئ النظام العام المشار اليها فى بند ٣٤٥ ص ٤٠١ فى رقم ٦ والتى تمنع من تنفيذ الحكم الاجنبى فى الديار المصرية ؟ هذه المسائل متنوعة ولا تدخل تحت حصر ونحن نذكر منها هنا مسألتين امتنع فيهما رئيس المحكمة عن اعطاء الامر بالتنفيذ

البلاد المحتلة

الاولى : طلب تنفيذ حكم صادر فى جزيرة كاسوس Kassos وهى محتلة بالجيوش الايطالية وكان الحكم متوجاً باسم ملك ايطاليا فرفض رئيس محكمة المنصورة اعطاء الامر بتنفيذ ذلك الحكم بناء على كونه مخالفاً للنظام العام الدولى الذى لا يبيح لملك يحكم بلاداً محتلة أن يصدر الاحكام باسمه فيها لأن الاحكام فى تلك البلاد يجب أن تصدر إما باسم الملك الشرعى (وهو امبراطور تركيا فى ذلك الوقت) وإما باسم القانون au nom de la loi واما بدون اسم بالكلية sans aucun entête[1]

البلاد المنضمة

الثانية : طلب تنفيذ حكم صادر من احدى المحاكم الايطالية فى لوبة Lybie (طرابلس وبرقة) قبل اليوم الذى اعترفت فيه الدول صاحبات الشأن بحقوق ايطاليا على لوبة فيكون الحكم صادراً من محكمة غير مختصة ولا يمكن تنفيذه[2]

---

[٣٤٦] (١) أمر رئيس محكمة المنصورة فى ٢٢ يونية ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٧٧ نمرة ٣٦٩ ويقول الرئيس ان الامر بتنفيذ حكم من هذا القبيل يفهم منه التبادل وبما ان الاحكام المصرية يجب ان تصدر طبقا للمادة ١١٨ من لائحة الاجراءات الداخلية للمحاكم المختلطة باسم سمو خديوى مصر (جلالة ملك مصر الان) فان تنفيذ الحكم الصادر فى بلاد عثمانية باسم ملك ايطاليا قد يفهم منه ان المحاكم المصرية تستطيع ان تصدر أحكاما باسم ملك آخر غير ملك مصر وهذا ما لا يجوز مطلقا فى القانون الدولى

(٢) أمر رئيس محكمة اسكندرية فى ١٥ سبتمبر ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٢٢٤ نمرة ٤٦٨

لأن ذلك يخالف النظام العام الدولى

وكلا المسألتين خاص بالاختصاص السياسى لكل دولة

الاختصاص الدولى من النظام العام

٣٤٦ مكرراً — وفضلا عما ذكرنا عن الاختصاص السياسى فان قواعد النظام العام الدولى تشمل كل ما يتعلق بالاختصاص الدولى أى المقر به دولياً للمحكمة الاجنبية التى أصدرت الحكم [٣] وهذه نقطة من الصعوبة بمكان نظراً لأن كل محكمة فى العالم تتبع قانونها فيما يتعلق بالاختصاص الداخلى وفيما يتعلق بالاختصاص الدولى (بند ٣٣٢) فتصدر أحكاماً تكون صحيحة بمقتضى قانون المحكمة التى أصدرتها وقد تكون باطلة بمقتضى قوانين البلاد الأخرى وفى الوقت نفسه هذه المحاكم قد لا تقر غيرها من المحاكم الاجنبية على الاختصاص الدولى المقرر فى قوانين تلك المحاكم الاجنبية ؛ وفوق ذلك فان هناك طائفة من الاحكام لا تنفذ مطلقاً بواسطة محاكم أجنبية لان تنفيذها مقصور بحسب طبيعتها على البلاد التى صدرت فيها . وأخيراً قد تنساق المحاكم عند تقدير الاختصاص الدولى الى مراعاة التبادل فى الاختصاص فتقرر عدم تنفيذ الحكم الاجنبى اذا كان صادراً من بلد لا يقول بالاختصاص الدولى للمحاكم الاجنبية فى بعض الاحوال

(١) ففى هذا الموضوع لا أهمية للالتفات لكون المحكمة التى أصدرت الحكم الاجنبى مختصة به طبقاً لقانونها اذ هذه النقطة ليست محلا للاعتبار فى الخارج : هذه نقطة داخلية لا دولية اذ تختلف مسألة تنفيذ الحكم فى بلد أجنبى عن مسألة تنفيذه فى بلده وهل بنى اختصاص المحكمة التى أصدرته على أساس مقبول بالنظر للاعتبارات المرعية فى بلده ؛ كذلك لا شأن فى هذا الموضوع بالقواعد

---

(٣) يلاحظ ان ما ورد فى بند ٣٣١ ،، عن الاختصاص الدولى مقصور على « الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية » بحسب قانونها وبحسب القواعد المقررة فى القانون الدولى الخاص على العموم ولكن الحالة هنا هى على عكس ما ذكر لان المقصود هو معرفة « الاختصاص الدولى للمحاكم الاجنبية » التى أصدرت حكما يراد تنفيذه فى مصر فلا بد ان يكون للقانون المصرى رأى فى هل كانت المحكمة الاجنبية مختصة دوليا أم لا

التى يقسم بها الشارع المحلى الاختصاص بين محاكمه المختلفة كما تقسم مثلا المسائل الى مدنية أو تجارية فى مصر وفى فرنسا . فاذا رفعت الدعوى فى محكمة غير مختصة من محاكم بلد له اختصاص دولى فى الحكم فى القضية فالدفع بعدم الاختصاص يعتبر من مسائل الدفاع التى كان يجب أن تقدم الى المحكمة المنظورة أمامها القضية ومتى صدر الحكم فى الموضوع فلا يلتفت الى الدفع المذكور عند ما يطلب تنفيذ الحكم فى الخارج (اللهم اذا كان الحكم غيابيا) (٤)

وتعتبر المحاكم الاجنبية مختصة دولياً باصدار الحكم الاجنبى المراد تنفيذه فى مصر فى الاحوال الآتية : —

أولا — اذا كان المدعى عليه قد اختار محلا له فى دائرة اختصاص المحكمة اختياراً صريحاً ليكون محلا للتقاضى بخصوص مسائل معينة فتكون محكمة المحل المختار مختصة دولياً بالحكم فى المسائل المذكورة (قارن بند ٣٣٩) (٥)

ثانياً — اذا كان الحكم الاجنبى صادرا من محكمة المدعى عليه Forum rei سواء كانت محكمة البلاد التى ينتمى اليها بالجنسية أو البلاد التى تعتبر موطنه القانونى داخل حدود جنسيته السياسية (بند ١٣٨) فان اختصاصها طبيعى بالنسبة اليه نظراً للعلاقة السياسية التى تربطه بدولته أو للعلاقة الطبيعية أو المادية التى تربطه بموطنه بالمعنى الانجليزى الامريكى (بند"٨٧") ولهذا الاختصاص عندنا مقابل هو ما نصت عليه المادة ١٣ م م بالنسبة للمصرى وهو مقر عليه فى القواعد العامة الدولية (٦)

ولكن بالعكس لا يكون الحكم صادرا من محكمة مختصة اذا كان اختصاصها مبنياً على مجرد كونها محكمة المدعى forum actoris كما هى الحال فى المادة ١٤

---

(٤) قارن بند ٣٣١ ووستليك وبتنويتش بند ٣١٩ ص ٣٨٣ ودايسى ص ٤٣٠ ،، وص ٣٨٦ ،، س م ٣١ مايو ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٢٠ نمرة ٢٨ بشأن الحكم الغيابى

(٥) وستليك وبتنويتش بند ٣١٩ أ، ص ٣٨٣

(٦) وستليك وبتنويتش بند ٣٢١ ص ٣٨٤ وراجع بند ٣٣٧ هنا

مدنى فرنسى فهذا الحكم يكون غير ممكن النظر فيه ولا مراجعته بالكلية بصفته حكماً لان اختصاص المحكمة فيه يكون منعدماً من الوجهة الدولية [٧]

ثالثاً — اذا كان صادرا ضد شخص مقيم فى بلد المحكمة وقت رفع الدعوى عليه ولو لم تدم اقامته فيها الا زمناً يسيرا مادام قد استلم صحيفة الدعوى وهو فيها[٨]

رابعاً — اذا كان الحكم صادرا من محكمة لها اختصاص اقليمى على موضوع القضية كما فى المادة ١٤ م م مع تغيير الالفاظ طبقاً لمقتضى الحال فتكون مختصة اذا كان الالتزام متعلقاً بمنقولات أو عقارات كائنة فى البلد الذى تجلس فيه المحكمة أو كان ناشئاً عن عقود حصلت[٩] أو يجب تنفيذها فى البلد المذكور[١٠] أو أعمال حصلت فيه . والمادة ١٤ المذكورة ليست مبينة لقواعد القانون الدولى الخاص فى موضوع الاختصاص فحسب ، كما قررت مراراً محكمة الاستئناف المختلطة ، بل هى أيضاً جزء من قانون وافقت عليه الدول الاجنبية و يصح أن تعتبر قواعدها أساساً للاختصاص الدولى لمحاكم الدول الاجنبية ومع ذلك فهناك استثناء سيرد تحت قولنا (٣)

وقد حكم تطبيقا لما تقدم ان الحكم العثمانى الصادر من محكمة لا اختصاص لها طبقا للقانون العثمانى ولا طبقا لمبادئ الاختصاص المقررة فى القانون المختلط هو حكم صادر من محكمة غير مختصة ولا يمكن تنفيذه فى مصر متى كان صدوره ضد

---

(٧) وستليك وبنتويتش بند ٣٢٤ ص ٣٨٧ وراجع بند ٣٣٢ هنا

(٨) وستليك وبنتويتش بند ٣٢١ ص ٣٨٤ وراجع بند ٣٣٨ حاشية ٢ وص ٣٨٢

(٩) مجرد حصول العقد فى جهة لم يكن سببا كافيا فى الاختصاص فى القانون الرومانى ولم ينشأ الا فى القرون الوسطى (ص ٣٨٠) وكان يجب لاختصاص محكمة العقد ، فى القانون الرومانى ، ان يكون المدعى عليه موجودا شخصياً فى الجهة أو يكون له فيها املاك فيصح التنفيذ عليها بعد الحكم وفى انجلترا لم يكن الاختصاص معروفا بسبب حصول العقد فأنشأه قرار من البرلمان وجعله شاملا للعقود التى تحصل فى البلد والجرائم التى تقع فيه واستمر زمنا معينا فقط وستليك وبنتويتش بند ٣٢٢ ص ٣٨٥ و ٣٨٦

(١٠) اختصاص محكمة التنفيذ كان مقررا فى القانون الرومانى ولم يعرف هــذا الاختصاص فى انجلترا الا أخيرا (وستليك ص ٣٨٦) وراجع فى مناقشة هذه النقطة س م ١٨ يناير ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٩ نمرة ٢٧

مصرى متوطن فى مصر أو ضد أجنبى خاضع لاختصاص المحاكم المختصة بسبب كون محل اقامته فى مصر(١١)

خامسا — اذا كان الحكم صادراً ضد شخص من الاشخاص الممتازين أى المعفين من حكم المحاكم الاجنبية وخضع هذا الشخص بارادته واختياره لاختصاص المحكمة فتعتبر مختصة بالنسبه اليه ويصح تنفيذ حكمها عليه فى مصر اما فى غير حالة الخضوع كما سبق شرحه فى بند ٣٣٦ مكرراً فيكون الحكم صادراً من محكمة غير مختصة ولا ينفذ(١٢)

أحكام لا تنفذ مطلقاً فى الخارج

(٢) من المقرر ان الاحكام المتعلقة بحق ملكية العقارات أو المنقولات أو وضع اليد عليها لا تنفذ اذا كانت صادرة من محكمة غير التى يكون فيها موقع العقار أو المنقول (قارن ص ٣٦٤) اللهم الا اذا كانت تلك الاحكام صادرة فى مادة من مواد الاحوال الشخصية المذكورة فى المادة ٤ م م فيصح حينئذ تنفيذها فى مصر لان مواد الاحوال الشخصية من اختصاص جهات الاحوال الشخصية ، أجنبية كانت أو مصرية .

وكذلك الاحكام الصادرة تنفيذاً لقانون جنائى أو قانون مالى لا تنفذ خارج حدود البلد الذى صدرت فيه (قارن بند ٢٣٦ ص ٣٦٥)

مراعاة التبادل فى أحوال خاصة

(٣) يرى بعض البلاد اختصاص محاكمه بنظر القضايا المتعلقة بالعقود الحاصلة فيه وبالعقود الواجبة التنفيذ فيه وفى الوقت نفسه ينكر هذا الاختصاص على المحاكم الاجنبية اذا ما جيء بالحكم الأجنبى الصادر فى مثل هذه الحالة وأريد تنفيذه فيه ، فمثلا الاحكام الانجليزية تنكر اختصاص المحاكم الاجنبية بسبب مجرد حصول العقد أو اشتراط تنفيذه فى دائرتها(١٣) وقد راعت محكمة الاستئناف

---

(١١) س م ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ٩ ص ٨٣

(١٢) قارن دايسى ص ٣٨٦ — ٤١٥

(١٣) وستليك وبنتوبتش ص ٣٨٦ حيث يقولان فى معرض الكلام على الاختصاص بسبب حصول العقد أو تنفيذه forum speciale obligationis ان هذا السبب يجب ان

المختلطة هذه النقطة عند ما طلب منها الحكم بالغاء أمر التنفيذ الذى حكمت به محكمة مصر المدنيــة تنفيذاً لحكم انجليزى (بند ٣٤٥ ص ٣٩٩) صادر من محكمة عدن فى بلاد العرب فقررت الغــاء أمر التنفيذ بناء على عدم التبادل فى هذه النقطة لان المحاكم الانجليزية لا تجيز اختصاص محاكمنا دولياً طبقاً للمادة ١٤ م م وان أجازته لنفسها ، ثم قضت المحكمة بان للخصوم أن يرفعوا دعوى جديدة بما يدعون وقد كان اختصاص محكمة عدن مبنياً على كون العقد واجب التنفيذ فيها فحسب [(١٤)]

٣٤٧ — هذا ويجب ملاحظه أنه اذا كان الحكم الاجنبى المطلوب تنفيذه فى مصر متضمناً البت فى مسألة من مسائل الاحوال الشخصية وهى غير داخلة ضمن اختصاص المحاكم المختلطة فلا يصح طلب تنفيذه من هذه المحاكم بل يجب أن يطلب تنفيذه من محكمة الاحوال الشخصية التابع اليها المحكوم عليه[(١)]

آثار أخرى للاحكام

١ : حق الاختصاص

٣٤٨ — وللاحكام الاجنبية آثار أخرى منها أنها تبيح للمحكوم له الحصول على حق اختصاص Droit d'affectation على عقارات مدينه الكائنة فى مصر أسوة بالاحكام المصرية متى كانت ملزمة للمدين شخصياً بشىء معين يجب عليه وفاؤه ويعتبر مديناً به[(١)] ويشرط أن يحصل الطالب على أمر بتنفيذها من المحاكم المصرية مقدماً فلا يصدر الامر بالاختصاص الا بعد صدور الامر بالتنفيــذ وقد

That ground of international competence should be يطرح بالكلية altogether rejected.

(١٤) س م ١٣ ابريل ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٦٦ نمرة ٢٩٠ وهو مؤيد بالاسانيد الانجليزية فى الموضوع

[٣٤٧] (١) س م ٢٧ يناير ١٨٩٨ ج ت م ١٠ ص ١١٧

[٣٤٨] (١) راجع فى حق الاختصاص كتابنا فى التنفيذ ص ٨٦٨ — ٨٧٥ وكتابنا الفرنسى فى حق اختصاص الدائن بعقارات مدنيه فى مصر (ص ٦٤ — ٧٠) وهو مطبوع فى تولوز من اعمال فرنسا فى سنة ١٩١٢ ، والمراجع المذكورة فى التنفيذ حاشية ١ على بند ١٢٩٦

يطلب الامران معاً ويمنحان معاً اذا كانت الظروف تسمح بذلك ؛ والسبب فى اشتراطنا الحصول على أمر التنفيذ مقدما هو أن حق الاختصاص يمنح المحكوم له حقاً عينياً على عقار مصرى ضمانا لتنفيذ حكم فيجب اذا كان الحكم أجنبياً أن يكون للقضاء المصرى الرقابة عليه ولا تتيسر هذه الرقابة الا بفحصه لجعله تنفيذياً ومن جهة أخرى فلا فائدة من حق الاختصاص اذا لم يكن من الميسور للمحكوم له أن ينفذ فى المستقبل

هذا وينتظر صدور قانون مصرى بالغاء حق الاختصاص على عقارات المدين والاستعاضة عنه باتخاذ اجراءات تحفظية أخرى لا تنشئ للدائن حق امتياز على العقار بل تمنع المدين من التصرف فيه اضراراً بالدائن[٢]

٢ : حجة الشيء المحكوم فيه

٣٤٩ — هذا ومن الآثار المهمة للأحكام أنها تعتبر « حجة » بما فيها بمعنى أنها تعتبر عنواناً للحقيقة res judicata pro veritate habetur فلا يجوز البحث من جديد فيما قرره الحكم ، لا أمام المحكمة التى أصدرته ولا أمام غيرها[١] واذا حاول خصم أن يعيد النظر فى الشيء المحكوم فيه فلخصمه أن يتمسك بحجة الشيء المحكوم به فلا تنظر القضية ثانية[٢] والاحكام الاجنبية لا تشذ عن هذه القاعدة فمتى كانت مستكملة شرائط الاحكام الصحيحة (بند ٣٤٥ص٣٩٩) فانها تكون حجة بما فيها ، ولا يشترط فى ذلك أى تبادل لأننا لسنا فى مقام التنفيذ وانما فى مقام الاعتراف بالحقوق المكتسبة وهذا المبدأ مقرر فى الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية فقد حكمت بأنه اذا حصل التمسك بحكم أجنبى لاثبات ان الشخص الذى يتمسك به له صفة خاصة بأن عينه الحكم المذكور وكيلا للدائنين (سنديك)

---

(٢) راجع مشروع القانون فى الجازيت ١٤ ص ٦ والمقالة على الموضوع ص ٣

[٣٤٩] (١) بشرط الا يكون الخصم قد حصل على الحكم بطريق الغش أو الاكراه الادبى كما فى القضية التى انتهت بالحكم الصادر فى ٢٢ يناير ١٩١٧ من الاستئناف المختلط (جازيت٧ص٧٤ نمرة ٢٢٥) والواقع ان الغش يفسد كل شيء fraus omnia corrumpit وقارن بند ٣٤٤ ص ٣٩٠ فى الاحكام الانجليزية

(٢) راجع فى الموضوع كتابنا فى المرافعات بند ١١١٠و١١١١ والمراجع التى بهما

مثلا فلا ضرورة للحصول على أمر بالتنفيذ [٣] واذا كان الغرض من التمسك به اثبات أن المدين المحكوم عليه يعتبر ناقص الاهلية نظراً لكونه مفلساً فلا ضرورة كذلك للحصول على أمر بالتنفيذ[٤] وبالاختصار كلما حصل التمسك بحكم أجنبي ، فى غير الاحوال التى يطلب التنفيذ فى مصر بمقتضاه ، وكان الغرض من ذلك التمسك اثبات حصول أمر وقع أو ثبت أو قضى به فى الخارج فلا حاجة لأمر التنفيذ ويعتبر الحكم الاجنبى حائزاً لقوة الاثبات force probante الناشئة عن الاحكام وهذه هى القاعدة ولا يشذ عنها الا اذا كان هناك بطلان جوهرى فى الاجراءات أو غش صادر من الخصم أو الخصوم أو المحكمة [٥] أو عدم اختصاص دولى أو مخالفة للنظام العام مما يجعل الحكم غير مستكمل أوصاف الحكم الصحيح [٦]

وأخيراً لا يعتد بحجة الشىء المحكوم به فى الخارج اذا كانت مخالفة لما قضت به المحاكم المصرية فى نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم (قارن ص ٤٠٠) [٧]

هذا وللاحكام الصادرة فى مواد التفاليس بحث خاص يرجع اليه فى بند ٤٠٩ ،،

السندات الرسمية الاجنبية

٣٥٠ — تنفيذ السندات الاجنبية الرسمية وقوة الثبوت الواجبة لها : السندات المذكورة ليست أحكاماً فلا تسرى عليها المادة ٤٠٧ / ٤٦٨ مرافعات ولذلك فلا يجوز تنفيذها فى مصر بالاجراءات التى تنفذ بها الاحكام [١] بل لا بد

---

(٣) س م ١٨ ابريل ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢٧٦
(٤) س م ٢ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ٩ ص ٣٩
(٥) قارن دايسى ص٤٣٣ — ٤٣٩
(٦) راجع بند ٣٤٥ ص ٣٩٩ ،،
(٧) س م ٢١ مايو ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٢ نمرة ٤١٦ (بند ٤١٣)

[٣٥٠] (١) وقد ظن بعض الكتاب مثل لامانا (جازيت ٢ ص١٥٦و١٥٧) وأورفانيلى فى كتابه القانون الخاص بالمحضرين بند ١٢٨١ ان السندات تعامل معاملة الاحكام وتنفذ بشرط التبادل ولكن هذا غير صحيح وتأييداً لرأينا نذكر حكم محكمة اسكندرية المختلطة فى ٢٨ مارس ١٨٩١ (جازيت ٢ ص ١٥٦ النهر الثانى) فانه قضى بوجوب سحب الامر الصادر من الرئيس بتنفيذ سند أجنبى بناء على أن القانون المصرى انما أجاز تنفيذ الاحكام الاجنبية بشرط التبادل وانه اغفل عمداً ذكر العقود والسندات الرسمية الاجنبية مع ان فى أمرها خلافاً كبيرا

فى كل الاحوال من مقاضاة المدين بمقتضاها ويكون السند مستنداً كافياً للحكم ما لم يطعن فيه بطريق التزوير فتوقف قيمته فى الاثبات حتى يحكم فى دعوى التزوير طبقاً للمادة ٢٧٨/٣١٩ مرافعات مع المادة ٢٢٦/٢٩١ مدنى السارية على السندات الرسمية المصرية والاجنبية على السواء ، أو ما لم يكن لدى المدعى عليه من الوجوه القانونية ما يدفع به دعوى الطالب . ولا يخفى الفرق بين قوة الاثبات التى للسند فهذه كاملة ما لم يطعن فيه كما تقدم ، وقوة التنفيذ وهى غير معترف بها مطلقاً فى مصر للسندات الاجنبية

وجوب التصديق على الحكم أو السند الاجنبى

٣٥٠ مكرراً — يراعى فى كل الاحوال التى يطلب فيها تنفيذ حكم أجنبى أو التمسك بحكم أو سند رسمى أجنبى انه لا يصح قبول الحكم أو السند أمام المحاكم المصرية الا بعد أن يكون قد حصل التصديق عليه من الحكومة المصرية بالطرق السياسية المتقدم ذكرها فى بند ٣٢٧[٢]

الاحكام المصرية فى السودان

٣٥١ — هذا ولم تدخل الحكومة المصرية فى اتفاقات خاصة مع الدول الاجنبية بخصوص تبادل أو تنظيم تنفيذ الاحكام وقيمتها من حيث الاثبات ومع ذلك فلما كان القانون المصرى ينص على شرط التبادل وكان من المرغوب فيه تسهيل تنفيذ الاحكام السودانية فى مصر باعتبارها أحكاماً أجنبية[١] فقد اتفقت نظارة الحقانية المصرية مع القلم القضائى لحكومة السودان على وضع قانون يتعلق

فى فرنسا وان الرأى السائد هو عدم اعتبارها قابلة للتنفيذ حتى يحكم بمقتضاها (جارسونيه ٨ بند ٢٩٤٩ وجلاسون ٢ بند ١١٥٥)

(٢) راجع فى تفاصيل الموضوع ڤاليرى بند ٥٤٥ ص ٧٥٧ وقارن س ٨ مايو ١٩٠٧ حقوق ٢٣ ص ٣٢١ الذى قضى بأن المستندات الصادرة من بلد معتبرة فى البلد الاخر بشرط التصديق على صحة نسبتها لمصدرها من حكومة المحاكم المحتج أمامها

[٣٥١] (١) يفهم ذلك من تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩٠٠ ص ٣٢ ،، فانه ذكر فى ص ٣٤ أن الاحكام التركية تعتبر أجنبية فى نظر المحاكم المختلطة رغماً من السيادة العثمانية فى ذلك الوقت وذلك بسبب الولاية العامة المعطاه للقطر المصرى فى ادارة القضاء وان حالة السودان مشابهة لذلك تمام المشابهة فتعتبر احكامه أجنبية

باعتبار وتنفيذ أحكام المحاكم المصرية فى السودان وصدر ذلك القانون فى السودان فى سنة ١٩٠١ بخصوص تنفيذ الاحكام الاهلية والاحكام الشرعية المصرية ثم صدر فيه قانون آخر فى سنة ١٩٠٤ بخصوص الاحكام المختلطة

القواعد

وهاك القواعد الرئيسية فى القانون السودانى فيما يتعلق بالاحكام المصرية مع مراعاة الاستثناءات التى تلى هذه القواعد

أولا : يكون الحكم الصادر من محكمة مصرية فى أية قضية مدنية أو تجارية (غير الحكم التمهيدى) مستنداً قاطعاً فى السودان بين طرفى الخصوم المقيدين بهذا الحكم فيما فصل فيه من المواد

ثانياً : يكون هذا الحكم مانعاً مطلقاً من تجديد الدعوى فى الموضوع نفسه فى السودان وذلك فيما عدا الاحوال التى تكون المحكمة المصرية قد حكمت فيها بعدم الاختصاص

ثالثاً : يمكن بوجه العموم تنفيذ الحكم المصرى فى السودان بواسطة اقامة دعوى يكون فيها للمدعى ذات الحقوق التى له حق فيها فى الديار المصرية بأقرب ما يسمح به التفاوت بين القوانين والاجراءات فى مصر والسودان وذلك ضد أى شخص يكون مقيما فى السودان أو يكون له أموال فيه

رابعاً : الاحكام الصادرة من أجل دين أو مبلغ معين آخر لا حاجة لاقامة الدعوى ثانية فى السودان بالنسبة لها اذ أن الحكم ينفذ بالكيفية عينها كما لو كان صادراً من محكمة سودانية

الاستثناء الاول

وهذه القواعد لا تكون واجبة بصفة مطلقة بل لا بد من مراعاة استيفاء الحكم للشروط التى تجعله حكماً عادلا من حيث الاجراءات والاختصاص الدولى وذلك يتحقق فى الاحوال الآتية فقط :—

أولا : فى حالة حضور الشخص المراد تنفيذ الحكم عليه أمام المحكمة المصرية أو حضور من ينوب عنه قانوناً أمام تلك المحكمة

ثانياً : فى حالة ما تكون ورقة التكليف بالحضور أعلنت له فى القطر المصرى

ثالثاً : أن يكون المحكوم عليه من الرعايا المصريين الذين محل سكنهم أو اقامتهم الإعتيادية فيه

رابعاً : أو فى حالة ما تكون الدعوى متعلقة بمال كائن فيه أيضاً

خامساً : أو كان سبب الدعوى عقداً حصل فى القطر المصرى أو قصد تنفيذه كله أو بعضه فيه أو نشأ عن أمور وقعت فيه كلها أو جزء منها

ويلزم فى هذه الاحوال ان يظهر من الحكم أو من طريقة أخرى أن ورقة التكليف بالحضور اعلنت قانونا طبقا للقواعد المقررة فى القوانين المصرية ولمن يراد التنفيذ ضده ان يثبت ، عند ما يطلب للحضور أمام مدير الجهة الساكن فيها أو الموجود بها ماله المراد التنفيذ عليه ، انه لم يحضر أمام المحكمة المصرية وان الحكم قد كان الحصول عليه بطريق الغش

الاستثناء الثانى ومع كل ذلك فان القواعد الواردة فى القانون السودانى لا تسرى مطلقا على أى حكم مصرى يراد التمسك به أو التنفيذ بمقتضاه فى السودان فى الاحوال الآتية :

أولا : اذا كان الحكم فاصلا فى ملكية عقارات موجودة فى بلد غير القطر المصرى أو فى وضع اليد عليها أو فى شأن أى رهن أو حق عينى أخر عليها أو منح تعويضات بسبب ضرر حدث بالنسبة لها

ثانيا : اذا كان الحكم صادراً ضد حكومة السودان أو أى موظف فى تلك الحكومة بسبب أى عمل رسمى

ثالثا : اذا كان الحكم صادرا فى مادة الافلاس[٢]

ففى هذه الاحوال لا يكون للحكم المصرى قيمة فى السودان فى كل ما ورد من القواعد المتقدمة

---

(٢) راجع تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩٠٠ ص ٣٢ — ٣٤ والقوانين السودانية Sudanese Ordinances من سنة ١٨٩٩ الى سنة ١٩٠٥ ص٤٥ و ١٠٧

الاحكام السودانية فى مصر

٣٥٢ — تلك قواعد القانون السودانى الحالى بالنسبة للاحكام المصرية وتلقاء هذه القواعد لا بد للمحاكم المصرية من معاملة الاحكام السودانية مثل المعاملة المقررة لاحكامنا فى السودان الى ان تضع مصر يدها على السوادن وتجعل النظام القضائى واحداً فى القطرين

اتفاق آخر

٣٥٣ — هذا وهناك اتفاق بين الحكومة المصرية والحكومة السودانية على تبادل تسليم الاعلانات وتسليم المجرمين وقد ذكرناه تفصيلا فى بند ٣٢١ ص ٣٤٠

أحكام المحكمين

٣٥٤ — احكام المحكمين Sentences arbitrales أو Arbitration awards وآثارها : لمعرفة ما يتعلق بالتحكيم واحكام المحكمين فى القانون المصرى يرجع الى كتابنا فى التنفيذ ، بند ١٣٦٤ — ١٣٨٧

واذا أردنا معرفة القواعد المتعلقة بهذا الموضوع فى القانون الدولى الخاص وجب تحليل هذه المادة والنظر الى اجزائها من كل وجهة من الوجهات الممكنة :—

عقد التحكيم

أساس التحكيم عقد التحكيم Contrat d' arbitrage ou compromis أو شرط التحكيم فى عقد من العقود Clause compromissoire وصحة هذا العقد أو صحة الشرط فى العقد يرجع فيها الى البحث فى صحة العقود على العموم وهو ما سيرد فى بند ٣٩٣

الاهلية فيه

وفيما يتعلق بالاهلية اللازمة للدخول فى عقد التحكيم أو اشتراطه فى عقد من العقود فهى تتوقف على القانون الشخصى لكل من المتعاقدين وعلى الاحكام الخاصة فى القانون المذكور فيما يتعلق بالاهلية الخاصة المشترطة فيه لعقد التحكيم على الخصوص أو الشروط الاخرى التى يتطلبها القانون الشخصى مثال ذلك لا يصح التحكيم فى القانون الاهلى (٧٠٣ مرافعات) الا ممن له التصرف المطلق فى حقوقه ولا يصح التحكيم الا فى المنازعات التى يمكن تسويتها بالصلح بين الخصوم وفى القانون المختلط (٧٩٢ مرافعات) لا يصح التحكيم الا فى المنازعات التى ليست من قبيل

ما يجب تبليغه لوكلاء النائب العمومى (المرافعات بند ٣٤١)

وتختلف الشروط اللازمة لصحة عقد التحكيم بحسب اختلاف القوانين : فالقانون الفرنسى مثلا يجعل شرط التحكيم باطلا بينما القانون المصرى يجيزه[1]

شكل العقد

أما من حيث شكل عقد التحكيم فيتبع قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد التحرير كما سيأتى فى بند ٣٩١ مكررا " ومع ذلك يكون العقد صحيحا اذا حصل فى الخارج طبقا لقانون المتعاقدين الشخصى أو طبقا لقانون البلد الذى سينتج فيه التحكيم نتائجه[2] ثم يجب بعد ذلك معرفة الاجراءات التى يتبعها المحكمون فى الحكم وهذه تختلف من بلد الى اخر ولكنها تخضع لقانون البلد الذى يجلس فيه المحكمون للحكم[3]

القانون الانجليزى

وأخيراً تختلف القيمة التى يعترف بها فى الخارج لحكم المحكمين بحسب اختلاف القوانين فى البلاد المطلوب فيها التمسك بالحكم أو تنفيذه : فالمحاكم الانجليزية لا تعتبر أحكام المحكمين الصادرة فى الخارج أحكاما يصح تنفيذها . ولذلك يجب أن ترفع بها دعوى جديدة دائما أمام هذه المحاكم[4]

القانون الفرنسى

وفى فرنسا يجب لتنفيذ أحكام المحكمين أن تكون واجبة التنفيذ أولاً فى بلدها وأن يوضع عليها أمر التنفيذ من المحاكم الفرنسية واختلفوا بعد ذلك هل يطلب الأمر من رئيس المحكمة كما هى الحال فى أحكام المحكمين الفرنسية أم من المحكمة الكاملة كالاحكام الاجنبية[5]

القانون المصرى

كذلك يجب أن يشترط فى مصر كون الحكم واجب التنفيذ فى بلده كما

---

[٣٥٤] (١) التنفيذ بند ١٤٦٤ وڤاليرى ص ٨١٩ وكذلك القانون الانجليزى يجيزه بينما القانون الاسكوتلاندى كان يجعله باطلا — راجع الحكم الوارد فى دايسى ص ٥٩٢ سادسا

(٢) قارن ڤاليرى ص ٨١٩

(٣) قارن ڤاليرى ص ٨١٨ — ٨٢١

(٤) راجع وستليك وبنتويتش بند ٣٣١ أ ، ص ٣٩٧

(٥) ڤاليرى ص ٨٢٠ اعتمادا على النقض الفرنسى دائرة الطلبات ٢٨ ديسمبر ١٨٩٢ كلونيه ١٨٩٤ ص ٩٩

يشترط الحصول على أمر التنفيذ exequatur اما من رئيس المحكمة المختلطة واما من المحكمة الكلية الاهلية بحسب الاحوال

ومع ذلك فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كان تنفيذ الحكم الصادر من المحكمين غير مطلوب ولكن حصل التمسك به ، بصفته حجة بما حكم به فى الموضوع ، أمام المحاكم المصرية ، فلا ضرورة مطلقاً لاشتراط وضع أمر التنفيذ عليه [٦]

واذا ما طلب من المحكمة المصرية أن تعتد بحجة الشيء المحكوم به من قبل المحكمين فى الخارج فانه يكون من حقها بل ويجب عليها أن تفحص الحكم لتقدر ما اذا كان صحيحاً أم لا فاذا وجدته صحيحاً اعتبرته قانون المتعاقدين من كل الوجوه[٧]

الفصل الرابع

علائق القانون المدنى

٣٥٥ — ينطوى تحت هذا الفصل درس كل ما يتعلق بالاحوال الشخصية للاشخاص الحقيقيين وللشركات والجمعيات والاشخاص الاعتبارية الاخرى ، والعلائق العائلية والحقوق الشخصية الاخرى ، والمواريث ، وترتيب الحقوق العينية ، والعقارات والمنقولات ، والالتزامات على العموم واشكال التصرفات الاختيارية وهذا النظام يتفق مع منهج الدراسة الوارد فى ص ١٢ هنا

أما العلائق الخاصة بالقانونين التجاريين البرى والبحرى وعلى الخصوص مادة الافلاس فانها ترد فى الفصلين التاليين وأما ما كان من العلائق المذكورة خاصا

(٦) س م ٤ فبراير ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ١٧٩
(٧) الحكم السابق

بالنزاع بين القوانين أو المحاكم داخل القطر المصرى فسوف يرد فى الكتاب الرابع

وغير خاف أن درس جميع المواد التى يتضمنها هذا الفصل هو من شأن القانون المدنى فى البلاد الاوروبية بعكس الحالة عندنا فان قوانيننا المدنية ناقصة عاجزة فاقدة لجزء مهم من كيانها الأساسى وهو ما يتعلق بالاشخاص وبالعائلات أو الاحوال الشخصية

ان قوانيننا المدنيـة من مختلطة وأهلية لا تشتمل على قواعد مبينة الا فى تقسيم الاشـياء والاموال (وبعضها مستثنى من حكم القـانون المدنى لحد ما ، مثل الاموال الموقوفة والمحكرة) وفى الالتزامات على العموم وفى الحقوق العينية . أما فى مسائل الاحوال الشخصية فان قوانيننا تكتفى فى الغالب بذكر قاعدة عامة بها تجعل الحكم مسنداً الى قانون آخر أى أنهـا تقرر قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص

ويجب ألا يغيب عن الفكر أن عدم وجود قانون اقليمى واحد فى القطر المصرى للاحوال الشخصية للمصريين على العموم ؛ من شأنه أن يوجب اعتبار القانون المدنى مكملا فى مسائل الاحوال الشخصية بجميع قوانين الاحوال الشخصية المعروفة فى مصر وفى بلاد العالم كافة . فتعتبر جميع القوانين المذكورة كأنها جزء من القوانين المصرية واجب التطبيق بواسطة المحاكم المصرية كلما أشـار بذلك قانون المحكمة والواقع أن محاكمنا المدنية والتجارية تحكم بقوانين الاحوال الشخصية المختلفة فى جميع القضايا التى تعرض فيهـا أمامها مسائل فرعيـة متعلقة بالاحوال الشخصية كلما رأت عدم ضرورة ايقاف النظر فى القضية الاصليـة واحالة تلك المسائل على محاكم الاحوال الشخصية المختصة لتحكم فيها قبل الرجوع الى موضوع القضية الاصلية (راجع بندى ١٨١ و ١٨٢)

المبحث الأول : حالة الانسان الشخصية

État des personnes naturelles

ما تشمله

٣٥٦ — تشمل الاحوال الشخصية للانسان جميع المسائل المذكورة فى المادة الرابعة من القانون المدنى المختلط وهى المسائل المتعلقة بالحالة état والاهلية capacité والزواج statut matrimonial والحقوق الآيلة بالارث أو بالوصية droits de succession naturelle ou testamentaire والمتعلقة بالوصاية tutelle والولاية curatelle[1]

المادة ٤ م م

٣٥٧ — وغير خاف أن المادة الرابعة المذكورة انما تتكلم عن اختصاص المحاكم المختلطة وعدم اختصاصها وعن بقاء المسائل المذكورة خاضعة لاختصاص القاضى المنوط به الحكم فى الأحوال الشخصية بصفة أصلية ، ولكنها لا تتكلم عن القانون الذى يحكم المسائل التى ذكرتها والواقع أن بعض هذه المسائل قد وردت أحكامه فى مواد أخرى من القانون المدنى نفسه فتكلمت المادتان ٧٧ و ٧٨ على القانون الذى يحكم المواريث وأهلية الموصى لعمل الوصية وصيغة الوصية أو شكلها ، ونصت المادة ١٩٠ على القانون الذى يحكم الاهلية (بند ١١٤) ولم ينص القانون صراحة على القانون الذى يحكم المسائل الاخرى المذكورة فى المادة ٤ وهى الزواج والوصاية والولاية ومع ذلك فالوصاية والولاية تدخلان حتما تحت حكم الاهلية التى نصت عليها المادة ١٩٠ فلم يبق الا الزواج

على أن المادة ٤ وان كانت لا تتكلم عن القانون الذى يعمل به فى المسائل

---

[٣٥٦] (١) قارن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية التى تذكر المسائل المتعلقة بأصل الاوقاف constitution des Wakfs ومسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ومسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالاحوال الشخصية فتجعله كله خارجا عن اختصاص المحاكم الاهلية وبما أن هذه المادة لا يمكن أن ينشأ عنها غير منازعات داخلية حيث لا تختص المحاكم الاهلية بالحكم على الاجانب ، فيكون موضع درسها فى الكتاب الرابع

المتقدمة الا أنه من الميسور جداً استنباط ذلك القانون من خلال نصوصها . فهى تقول إن « المسائل المذكورة تبقى من اختصاص القاضى المنوط به الحكم فى الاحوال الشخصية » وهذا القاضى متى رفعت اليه الدعوى سيحكم فى الغالب بقانونه مباشرة فيكون القانون الواجب تطبيقه على المسائل المذكورة هو قانون قاضى الاحوال الشخصية المختص وهو قانون جنسية الشخص اذا كان أجنبياً وقانون ديانته اذا كان مصرياً أو عثمانياً أو منتمياً الى دولة من الدول التى تجعل الأحوال الشخصية خاضعة لحكم الاديان المختلفة فاذا كان الأجنبي ممن تجعل قوانينه مسائل الاحوال الشخصية خاضعة لحكم قانون موطنه كالانجليز والأمريكان فيكون القانون السارى عليه قانون جنسيته أيضاً أو على الأصح قانون موطنه هو أو موطن آبائه داخل بلاد الجنسية التابع اليها على ما رأيناه فى بندى ٢٩٦ مكرراً و ٢٩٧

هذا وسنقتصر فى هذا المبحث على المواضيع الآتية : الحالة والاهلية وسن الرشد والحجر وسيرد كل منها فى مطلب على حدة

وسيشمل المبحث الثانى درس حالة الشركات ونحوها من الاشخاص الاعتبارية أما العلائق العائلية فستكون موضع الدرس فى المبحث الثالث وسيكون المبحث الرابع خاصاً بالمواريث والوصايا والمبحث الخامس بالهبة والسادس بالعقارات والسابع بالمنقولات والثامن بالالتزامات

المطلب الأول : الحالة

(بالفرنسية État ، وبالانجليزية Status)

٣٥٨ — الحالة أو الحال لغةً ما كان عليه الانسان من خير أو شر ؛ وهى قانوناً مجموعة الأوصاف التى تميزه وتبين ما هو الدور المهيأ له فى الحياة الاجتماعية ومن هذه الاوصاف ما هو ناشئ عن الطبيعة وهى السن والجنس sexe والنمو الطبيعى السليم أو عجز المواهب العقلية أو ضعفها ؛ ومنها ما يتعلق بمركز الانسان فى الهيئة التعريف

الاجتماعية وتختلف تلك الأوصاف حينئذ بحسب ما اذا كان ذا آل ينتسب اليهم شرعاً أم لا ، وبحسب ما اذا كان صروراً أى عازباً أم متزوجاً أم أرملا أم مطلقاً ، وبحسب ما اذا كان تحت ولاية ولى أو قيم أو كان ولياً أو قيما على غيره ، وبحسب ما اذا كانت سمعته وشرفه لم يمسا بسوء من الوجهة القانونية أم يكونان قد مسا بأحكام جنائية أو غيرها كافلاس أو نحوه(١)

الحالة نسبية بحسب اختلاف القوانين

هذا ولفظ « الحالة الشخصية » لا بد وأن يكون اصطلاحاً نسبياً يختلف وصفه وحكمه باختلاف قوانين البلاد أو الشعوب المختلفة فيصح أن يكون الأنسان ولداً شرعياً اذا رجعنا لحالته فى قانون فرنسا مثلا ويكون غير شرعى اذا رجعنا لها فى قانون انجلترا ويلاحظ أن قوانين العالم لا تختلف فى موضوع أكثر منها فى موضوع الاحوال الشخصية فمثلا الاحوال الخاصة مثل الرق وصرورة الرهبان أى عزوبتهم Monastic celebacy والموت المدنى والتبنى وجعل ولد السفاح شرعياً بالتزوج من أمه legitimatio per subsequens matrimonium وتعدد الزوجات وغير ذلك من الاحوال المشروعة فى بعض القوانين قد تكون غير مقبولة بل محرمة فى قوانين أخرى وفوق ذلك فالأحوال المقبولة أو المعروفة فى العالم المتمدين قد تتفاوت وقد تكون محكومة بقواعد مختلفة فى الاجزاء المختلفة من هذا العالم وقد يتفرع عنها حوادث مختلفة لها أحكام مختلفة (٢)

الحالة فى القانون المصرى

واذ كنا فى معرض شرح القانون المصرى فيجدر بنا أن نشير الى أن معنى « الحالة » المذكورة فى المادة الرابعة يجب أن يفهم عندنا على هدى المسائل التى ذكرها المشرع فى المادة ٤ بعد لفظ « الحالة » فيتضمن موضوعها البحث فيما يكون عليه كل خصم من الخصوم أو كل طرف فى علاقة قانونية على العموم ، من حيث الأهلية والزواج والارث والوصية والوصاية والولاية وما تفرع عن هذه الامور

---

[٢٥٨] (١) قارن ڤاليرى ص ٨٣٠

(٢) قارن دايسى ص ٥٠٠ و ٥٠١

و ينطوى تحتها البحث عما اذا كان الشخص أهلاً للتعاقد أو التصرف على العموم وهل يرتبط بتعهداته ولأى حد ، وهل هو قاصر أو مأذون فى التجارة أو فى الادارة وهل هو متزوج ، وهل هو ولد شرعى أو وارث للميت ، أو هو والد شرعى للمتوفى وهل هو وارث بسيط أم وارث بشرط الجرد sous bénéfice d'inventaire ؛ واذا كانت امرأة هل هى مأذونة من زوجها فى التعامل أو التقاضى (بند ٣١٨) أو التصرف وهل هى تابعة لنظام اشتراك الزوجين فى المال-régime de la commu nauté أو أى نظام آخر مثل نظام حبس « الدوطة » régime dotal الذى يجعلها غير قابلة للحجز عليها ، أو هى ليست متزوجة أو هى مطلّقة (٣)

وعلى العموم يكون هناك أهمية لتعيين « الحالة » كلما نص القانون المصرى على أحكام خاصة بناها على ظرف معين فى حياة الشخص كما فى المادة ٢٥ جنائى أهلى فان الحكم على شخص بعقوبة جنائية ينبنى عليه حرمانه من الحقوق والمزايا التى ذكرتها المادة ويجعل أهليته مقيدة (بند ٣٦٠)

المطلب الثانى : الأهلية

Capacité

التعريف

٣٥٩ — الأهلية هى اجتماع الشروط اللازمة للتمكن من استعمال أى حق من الحقوق ؛ ولاجل استكمال تلك الشروط لابد من بلوغ السن القانونية وكون الانسان من الجنس sexe الذى يتطلبه القانون واستكمال القوى العقلية ويشترط فى بعض الاحوال كون الانسان عضواً فى عائلة معينة أو فرداً من الامة المصرية أو لم يحكم عليه بعقوبة جنائية أو ما يشابهها . وليس من ضرورة فى القانون المصرى للتمييز من حيث موضوعنا هذا بين الاهلية المطلقة capacité absolue والاهلية المقيدة أو النسبية capacité relative ولا بين الاهلية والكفاءة aptitude

---

(٣) قارن جارسونيه ٢ بند ٤٤٥ من الطبعة الثانية وهنا بند ١١٩ حيث لا نرى أن الجنسية من المسائل الداخلة فى « الحالة » بالنظر لمشتملات المادة ٤ م م والاسباب التى أبديناها

(بند ٣١٨) فان الاهلية بانواعها كافة [1] من شأن قانون الاحوال الشخصية التابع له الشخص من حيث الدين أو الجنسية (١٣٠ / ١٩٠ مدنى) : من حيث الدين بالنسبة للمصريين [2] ومن حيث الجنسية بالنسبة للاجانب [3]

الاهلية في الاتفاقات

هذا وللاهلية أهمية عظمى فى الالتزامات المبنية على الاتفاقات فان المادة ١٢٨ / ١٨٨ تنص على أن « من عقد مشارطة تعهد فيها بشئ ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضا صحيح منه فلا يكون ملزماً بوفاء ما تعهد به فى تلك المشارطات » كذلك تنص الماده ١٣١ / ١٩١ على أن « مجرد عدم الاهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها غبن lésion »

في غيرها

وتزول أهمية الاهلية بمجرد الخروج عن مادة الاتفاقات أو المشارطات فان الالتزامات المبنية على الافعال لا يشترط فيها اهلية الملتزم كما يتبين من عدم اشتراط الاهلية فى المواد ١٤٤ / ٢٠٥ وما بعدها من القانون المدنى وعلى الخصوص « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » ولم يشترط القانون ان يكون الفاعل أهلا للتعاقد ، كذلك « يلزم الانسان بضرر الغير الناشيء عن اهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم » — ١٥١ / ٢١٢ و ٢١٣ مدنى وهكذا

أهمية الاهلية

ويلاحظ انه حتى فى الالتزمات الناشئة عن التعاقد يعتبر البطلان الناشيء عن عدم اهلية العاقد نسبيا بمعنى انه « لا يجوز لذى الاهلية من المتعاقدين ان يتمسك

---

[٥٣٩] (١) راجع هذه الانواع وفائدة التقسيم كتاب المرحوم فتحى باشا زغلول فى شرح القانون المدنى ص ٢٦ ..

(٢) هذه القاعدة أصبحت الآن مقيدة بالقوانين الوضعية التى تصدرها الحكومة المصرية وأهم ما فيها تحديد سن البلوغ بثمانى عشرة سنة (بند ٣٦٢) وتحديد سن الزواج بست عشرة سنة للمرأة وثمانى عشرة سنة للرجل (بندى ٣٦٢ و ٣٧١) وتحديد سن خاصة وقواعد خاصة للاتجار فى مصر بالنسبة للجميع كما سيرد فى بند ٤٠٠

(٣) مع مراعاة أن قانون الجنسية بالنسبة لمثل الامريكان والانجليز هو قانون موطنهم داخل بلاد الجنسية (بند٢٩٩) أو موطنهم حيث يكون اذا استعملت نظرية الاحالة (بند٢٩٧)

بعدم اهلية من تعاقد معه بقصد ابطال المشارطة » — (١٣٢ / ١٩٢)

ففيما خلا العقود أو الاتفاقات لا تشترط الاهلية لكى يلزم الشخص وقد طبقت المادة ١٣١ / ١٩١ مدنى هذه القاعدة فنصت على ان « من استحصل على بطلان مشارطة لعدم اهليته لا يكون ملزما الا برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشارطة من المتعاقد ذى الاهلية » ورد المنفعة المذكورة مبنى على التزام ناشىء بسبب يختلف عن العقد نفسه الذى قد حكم ببطلانه

تطبيقات ٣٦٠ — وتطبيقاً لمبدأ جعل الاهلية محكومة على مقتضى قانون الاحوال الشخصية التابع اليه العاقد حكمت المحاكم المختلطة بما يأتى :

قانون ايطالى ١) تعتبر كفالة المرأة الايطالية لزوجها فى دين عليه ، باطلة اذا هى لم تكن قد استفادت شخصيا من ذلك الدين ولم تكن قد حصلت على تصريح من القضاء بتوقيع الكفالة المذكورة طبقا لما يقتضيه القانون الايطالى وهو قانون الزوجة فى الاحوال الشخصية [٤]

قانون يونانى ٢) كذلك تعتبر كفالة المرأة اليونانية لزوجها باطلة طبقا للقانون اليونانى الذى كان يأخذ بما يسمى فى القانون الرومانى قرار ڤليانوم Senatus-consultum Velléianum وبما ان البطلان مبنى هنا على عدم أهلية المرأة من الوجهة الطبيعية نظراً للضعف العقلى الناشىء عن جنسها propter sexus imbecillitatem فيصح التمسك به باعتباره من مسائل الاحوال الشخصية التابعة لقانون الجنسية [٥] وقد الغيت هذه القاعدة فى القانون اليونانى الحديث فى سنة ١٩١١ ولكنها لا تزال تحكم الاتفاقات الحاصلة قبل هذا التاريخ [٦] كما انها لا تزال تحكم اليونانى الاصل

---

(٤) محكمة التجارة المختلطة باسكندرية بهيئة استئنافية فى ٣ فبراير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٩١ نمرة ٩١٧

(٥) محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٣٠ نوفمبر ١٩١٠ جازيت ١ ص ١٥٨

(٦) س م ٥ يونيه ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٦٩ نمرة ٢٨٧ الذى قضى بأن الغاءها فى سنة ١٩١١ لا يجعل الاتفاقات الحاصلة قبل ذلك التاريخ صحيحة

من العثمانيين أو المصريين الذين لا تتغير احوالهم الشخصية بتغير قانون بلاد اليونان فانهم ليسوا تابعين لأثينا فى التشريع بل لقوانين بطركخاناتهم (٦ب)

قانون النمسا

٣) يعتبر غير المسلم الذى تحميه دولة النمسا حماية ووراثية (بند ٢١٠) قاصراً قبل سن الرابعة والعشرين وهى السن المطلوبة طبقا للقانون النمساوى[(٧)] الذى هو قانون احواله الشخصية المعروف

قانون عقوبات أهلى

٤) تطبيقا لما ذكرناه فى الفقرة الاخيرة من بند ٣٥٨ حكمت المحاكم المختلطة ببطلان بيع أوقعه مصرى كان محكوما عليه بعقوبة جناية ومحروما من حق التصرف طبقا للمادة ٢٥ عقوبات أهلى ، وقررت ان هذا البطلان ماس بالنظام العام فى مصر ويصح ان تلاحظه المحكمة من تلقاء نفسها وتحكم به . ومثل البيع المتقدم لا يمكن ان ينقل الملكية حتى لو حصلت من بعده بيوع أخرى لاشخاص آخرين على نفس العقار[(٨)]

٥) يقضى القانون المدنى الايطالى (مادة ١٨٣) بانه لا يجوز للمرأة المتزوجة التى لم تحصل على اذن من زوجها ان تهب أموالها العقارية أو تتصرف فيها أو ترهنها ولا يجوز لها ان تقرض نقوداً أو تحيل الغير بدين لها أو تقبض دينا لها كما لا يجوز لها ان تكفل الغير ولا ان تصالح على كل ما تقدم أو تتقاضى فيما يتعلق به أمام المحاكم وبناء على ذلك حكمت المحاكم المختلطة ببطلان حكم صادر ضد امرأة ايطالية متزوجة لم يعلن زوجها فى الدعوى ليأذنها فى التقاضى أو يساعدها فيه متى كان موضوع الدعوى هدم حائط حصل الادعاء بكونه مشتركا بينها وبين الجار وطلب هدمه واقامة غيره محله[(٩)]

(٦ ب) س م ٢٠ يوليه ١٩١٨ مج ت م ٣٠ ص ٤٧٥

(٧) محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة فى ٩ دسمبر ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ (بند ١١٠ حاشية ٢)

(٨) س م ٣ فبراير ١٩١٦ جازيت ٦ ص ٧١ نمرة ٢١٧

(٩) س م ٦ يونيه ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٦٩

الشريعة الغراء

ويلاحظ أنه يوجد فى القوانين الفرنسية ما يقرب من النص الايطالى المتقدم[١٠] وان الشريعة الاسلامية لا تعرف مثل هذه القيود وان المرأة المتزوجة على مقتضاها لا تفقد بالزواج شيئاً من أهليتها ولا يكون لزوجها رقابة ما عليها فيما يتعلق بمالها وادارته والتقاضى بشأنه ولا بغير ذلك من الحقوق المالية

القانون اليونانى

٦) يقضى القانون اليونانى بأن التصرف الحاصل فى عقارات القاصر بدون اتباع الاجراءات التى يوجبها القانون المذكور ، يصبح غير قابل للطعن فيه من القاصر بعد مرور خمس سنين من بلوغه وبما أن قانون جنسيته الشخصى هو الذى يبين نطاق وحدود عدم أهليته والميعاد الذى تقبل فيه الدعوى لنقض التصرفات المذكورة (ما لم يكن هذا الميعاد أطول من الميعاد المقرر فى القانون المحلى أوقانون المحكمة — راجع البند التالى) فيتعين الحكم برفض الدعوى المرفوعة بعد خمس سنين من بلوغ القاصر[١١]

مبدأ هام ونقده

٧) حكمت محكمة الاستئناف المختلطة[١٢] بأن لا محل للتفريق مطلقاً بين الاهلية المطلقة والاهلية المقيدة ولا محل للاستثناء ولا للتمييز مطلقاً فى هذا الموضوع فكل ما يتعلق بالاهلية خاضع لقانون جنسية المتعاقد بلا شرط ولا قيد

---

(١٠) فيجب على المرأة أن تحصل من زوجها دائما على اذن بالتقاضى اللهم الا فى حالة طلب أجرتها اذا كانت عاملة فان قانون ١٣ يوليه سنة ١٩٠٧ الفرنسى ينص على حريتها فى التقاضى بخصوص أجرها وقد حكم عندنا بأن البطلان الناشئ عن عدم الاذن حيث يجب هو بطلان نسبى ليس لمن كان خصما فى الدعوى ضد المرأة أن يتمسك به ، كذلك حكم بأنه اذا رفعت المرأة الدعوى فلخصمها أن يدخل الزوج خصما ثالثاً ليأذن لزوجته فى التقاضى أو يطلب الايقاف ريثما تحصل المرأة على الاذن — محكمة مصر الكلية المختلطة بهيئة استئنافية فى ١٤ فبراير ١٩٢١ جازيت ١١ ص ١٦٢ نمرة ٢٢٥

(١١) محكمة مصر الكلية المدنية المختلطة فى ٨ دسمبر ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٧٦ نمرة ١٣٨ وقد كانت المخالفة هى حصول بيع عقارات فى مصر من الوصى بدون اتباع ما يوجبه القانون اليونانى ولم يطعن فيه القصر ويطلبوا استرداد العقارات المبيعة الا بعد مرور خمس سنوات من بلوغهم وبعد مرور ثلاثين عاماً على البيع الذى حصل فى سنة ١٨٩٠

(١٢) س م ٢ دسمبر ١٩٢٠ جازيت ١١ ص ٢٣ نمرة ٤٢

وان الاحكام الجديدة كلها متمشية مع هذا المبدأ [١٣] ومع ذلك فنحن نخالفها فيما تنسبه لهذه الاحكام الجديدة ونخالفها فى جعل المبدأ المذكور مطلقاً من كل الوجوه خالياً من كل استثناء لأن الاحكام المذكورة لم تقرر المبدأ الذى تدعيه المحكمة ولأن المسائل القانونية كما قال الاستاذ ڤاليرى يجب ألاّ تحل مثل المسائل الحسابية [١٤] وهناك احكام صادرة من محكمة الاستئناف المختلطة تقر وجوب قبول بعض استثناءات للقاعدة المقررة فى المادة ١٣٠/١٩٠ أى تقر وجوب عدم الاعتداد بما ينص عليه قانون الاحوال الشخصية فى حالات خاصة (ص٤٣٠ »)

مخالفة الاحوال الشخصية

٣٦١ — أما المبادئ التى أوحت الى العلماء والى المحاكم أن يقيدوا قاعدة خضوع الأهلية الى قانون الاحوال الشخصية الخاص بالعاقد فقد كانت دائماً محل اختلاف كبير وتفاوت فى الرأى عظيم . وأما أسباب الجنوح الى باب الاستثناء أو التقييد فهى السعى وراء حماية السكان ضد الاجانب الذين يتمسكون بعدم اهليتهم فى أحوال قد يكون فيها العاقد معهم حسن النية ومعذوراً فى جهله السبب الخاص الذى يجعل الاجنبى عديم الاهلية أو يجعل أهليتــه مقيدة أو يكون العاقد فيها قد وقع فى حبائل الغش التى نصبها له القاصر أو وقع فى خطأ تسبب فيه القاصر

ومما يؤسف عليه أن المشرع المصرى لم يذكر استثناء فى الموضوع ولم يبين حالاً من الاحوال التى يصح أن يعدل فيها عن نص المادة ١٣٠/١٩٠ مدنى بينما نجد المشرع الالمانى قد نص فى مادته السابعة من مقدمة القانون المدنى الالمانى على الموضوع برمته فقال :

قانون المانيا

« الاهلية القانونية للشخص محكومة بقوانين الدولة التابع اليها ذلك الشخص

---

(١٣) ذكرت المحكمة حكمين بهذا المعنى وهما س م ٢٨ يناير ١٩١٨ ج ت م ٣٠ ص ٤٧٥ و س م ٥ يونيه ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٦٩ نمرة ٢٨٧ ولنا ملاحظات على هذا الادعاء منها أن المحكمة طبقت فيهما مبدأ المادة بدون بحث فى جواز الاستثناء

(١٤) ڤاليرى ص٨٥٣ — راجع الاحكام المختلطة المذكورة فى حاشية ٨ » بند ٣٦١ والاحكام الفرنسية فى حاشية ١٤ »

ومع ذلك فاذا أصبح الأجنبي البالغ أو الذى هو فى حكم البالغ، من رعايا الامبراطورية فيظل حافظاً لحالة البلوغ حتى ولو لم يكن فى الواقع بالغاً طبقاً للقانون الالمانى[1]. واذا اقترف أجنبي عملا قانونياً فى المانيا وكان فاقد الاهلية أو ناقصها بالنسبة للعمل المذكور طبقاً لقانونه الشخصى فيعتبر أهلا لذلك العمل متى كانت القوانين الالمانية تجعله كذلك . ولا يمتد هذا الاستثناء الى المسائل العائلية ولا يعمل به فى المواريث ولا فى حالة التصرف فى عقار واقع خارج المانيا »

قانون سويسره — وقد نصت المادة ٦١ من الفصل الاخير من القانون المدنى السويسرى الصادر فى ١٠ دسمبر ١٩٠٧ على نفس المبدأ (بند ٢٦٨ حاشية ١)

علماء فرنسا — وقد اختلف فى فرنسا فى هذا الموضوع فرأى البعض عدم قبول أى استثناء لقاعدة خضوع الأهلية لقانون الجنسية ما لم يكن الأجنبي قد أدخل الغش على من تعامل معه[2] . ورأى آخرون عدم امكان تمسك الأجنبي بعدم أهليته طبقاً لقانون جنسيته ، ضد مصلحة أى فرنسى[3] ورأى الاستاذ ڤاليرى وجوب استثناء حالة الغش الصريح وحالة سلوك الأجنبي مسلكا يخدع الناس فيحملهم على الظن بعدم وجود مانع من أهليته . وكذلك رأى وجوب التقيد بالقواعد المقررة فى المداد ١٣٠٥ و ١٣١٢ و ١١١٣ من القانون المدنى الفرنسى بخصوص فسخ العقد للغبن وعدم استرداد ما دفع الا بقدر ما عاد على عديم الاهلية

---

[٣٦١] (١) وهذا النص وجيه جداً نظرا لكون الاجنبي قد اكتسب حق البلوغ تحت سلطان قانونه الشخصى فلا يصح للقانون الالمانى أن يجعله قاصرا بعد ذلك . ومن جهة أخرى فان النصوص المتعلقة بعديمى الاهلية قد وضعت لمجرد المحافظة عليهم فاذا كان القانون الشخصى قد رفع حمايته عن الشخص بعد سن معينة أو بعد اجراءات وسن معينة فلا يصح لهذا الشخص أن يسترد الحماية بركونه الى الجنسية الالمانيـــة . فالنص حافظ لحق الاجنبي فى الاهلية التى اكتسبها طبقاً لقانونه الاصلى وحافظ لحقوق الغير الذين اعتمدوا على بلوغه طبقاً لقانونه الاصلى

(٢) ومنهم ڤايس ٣ ص ١٦٤ فهو لا يستثنى غير حالة الغش الحاصل من القاصر الاجنبي وكذلك دسپانييه بند ٢٣٢ وسورڤ وارتوى بند ١٥١

(٣) ڤاليت شرحاً على پرودون ، حالة الاشخاص جزء ١ ص ٨٥ و ٩٨ وديمانجا ، حالة الاجانب ص ٣٧٣

بالمنفعة [٤]

أحكام فرنسا

ورأت المحاكم الفرنسية أن عدم الأهلية الناشئ عن قوانين أجنبية لا يمكن التمسك به ضد الفرنسيين الذين تعاملوا مع الاجنبي فى فرنسا متى كان هؤلاء قد تعاملوا بنية حسنة وبدون خفة ولا عدم تبصر وكانوا معتقدين أن الأجنبي هو فى الواقع فرنسي أو انه خاضع لقانون أجنبي لا تختلف أحكامه عن احكام القانون الفرنسي [٥] وتسمى هذه « نظرية المصلحة الوطنية » Théorie de l'intérêt National لانها ترمى الى حماية الوطنيين من مفاجآت القوانين الأجنبية

الحالة فى مصر

ونحن نرى أن الصعوبة فى مصر أكبر منها فى أى بلد آخر نظراً لمبدأ شخصية القوانين الذى راعاه الشرع المصرى بشكل يكاد يكون مطلقاً ونظراً لعدم وجود قانون وطني واحد لكل المصريين يصح أن يعتبر القانون الاقليمى فى الأهلية للمصريين كافة ويصح أن يكون المثل الذى يمكن الرجوع اليه فى الاحوال الاستثنائية ولذلك يجب فى نظرنا عدم وضع الاستثناءات بشكل عام بل يجب أن تدرس كل قضية على حدتها لمعرفة ما اذا كان يجب الاخذ بمبدأ المادة ١٣٠ / ١٩٠ بصفة مطلقة أم يصح ألا يعمل به فى بعض الاحوال الخاصة اذا اقتضت ذلك مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة المنصوص عليها فى المادة ٢٩ ل ت م أ و ٣٤ ل ت م م

ويجب أن يراعى أولاً وقبل كل شيء نص المادة ١٣١/١٩١ مدنى وهى تقضى بالتزام عديم الأهلية برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشارطة من المتعاقد معه ذى الاهلية (بند ٣٥٩) [٦]

---

(٤) ڤالبرى ص ٨٥٠ — ٨٥٢

(٥) ڤالبرى ص ٨٥٣ — ٨٥٤ والاحكام المشار اليها فى المتن والحاشية الاولى ص ٨٥٤ فيه

(٦) مثال ذلك حكمت محكمة بوردو فى فرنسا على سفيه من سلالة عائلة المانية غنية بدفع ٦٥٨٠ فرنكا كانت باقية من حسابه لصالح طبيب أسنان عالجه (حكم ١١ ابريل ١٩٠٦ كلونيه ١٩٠٦ ص ١١١٩) — ڤالبرى ص ٨٥٠ وراجع كتاب الاستاذ والتون فى الالتزامات ١ ص ٣٥٤ ..

ثانياً : يجب طبقاً للمادة ١٣٢/١٩٢ مدنى عدم قبول طلب البطلان المبنى على عدم أهلية العاقد اذا كان الطلب حاصلا من ذى الاهلية

ثالثاً : يجب أن تراعى النصوص الاخرى التى جعلها المشرع المصرى عامة التطبيق بصرف النظر عما يوجد مخالفاً لها فى القوانين الشخصية للمتعاقدين ومثال ذلك المادتان ٣٣٦/٤١٩ و٣٣٧/٤٢٠ مدنى وهما تقضيان بعدم جواز فسخ البيع بسبب الغبن ولو كان المبيع عقاراً مملوكا لقاصر ولا يجوز فى هذه الحالة غير طلب تكملة الثمن اذا كان الغبن زائداً عن خمس ثمن العقار ولا تقبل الدعوى فى هـذه الحالة الا فى خلال سنتين من بلوغ البائع سن الرشد أو من وفاته ويزيد القانون المختلط أن هذه الدعوى لا تضر الدائنين المرتهنين المسجلين(٧). كذلك نصت المادة ٧٨ م م على أن الفسخ فى مادة المواريث لا يضر بحقوق الغير ومنهم الدائنون المرتهنون (بند ٣٨٦)

رابعاً : يلاحظ أن أسباب عدم الاهلية قد تكون عادية سببها نص خاص فى قانون الاحوال الشخصية التابع اليه العاقد وقد تكون استثنائية كعدم الاهلية الناتجة عن حكم الافلاس أو عن الحجر أى وضع الشخص تحت ولاية ولى . ففى الحالة الاولى يكون السبب ظاهراً كصغر السن وفى الحالة الثانية لا يكون ظاهراً وقد لا يوجد حينئذ من الوسائل ما يمكن الغير من معرفة الحالة الخفيـة التى تحيط بعديم الاهلية نظراً لصدور حكم الافلاس أو الحجر فى الخارج وعدم الاعلان عنه فى البلد الذى يتعامل فيـه من صدور الحكم ضده . كذلك يصح أن يكون نوع عدم الاهلية المقرر فى قانون جنسية الشخص من الانواع غير المعلومة فى كل القوانين المشهورة أو فى أغلبها فيكون أمراً خفياً كما هى الحال فى منع الزوجة عن أن تكفل ملاحظات خاصة

(٧) يلاحظ هنا أن البيع الحاصل من عديم الاهلية نفسه باطل لمجرد عدم الاهلية حتى ولو لم يكن هناك غبن طبقاً للمادة ١٣١ / ١٩١ ولكن المفروض فى البيع المذكور فى المتن أن تكون الاجراءات القانونية قد اتخذت لتمثيل القاصر أو نحوه ولكن الثمن كان قليلا عن النصاب — قارن بند ٥٣٩ حاشية ١١

زوجها طبقاً للقاعدة التي الغيت الآن في القانونين اليوناني والايطالي . وفي كل الاحوال قد يكون الشخص العديم الأهلية قد استعمل الغش لافهام الطرف الآخر انه أهل للتصرف أو يكون قد موّه عليه وأخفى حالته باعتناء وتعمد واتخذ حالة الشخص الكامل الاهلية مظهراً من مظاهره المعتادة

لذلك كان من الضروري دائماً الالتفات الى جميع الظروف المتقدمة واعطاءها الحكم الذي يناسبها . وقد أقرت هذا المبدأ أحكام متعددة صادرة من المحاكم المختلطة نذكر منها ما يأتي :

احكام المحاكم المصرية

١) حكمت هذه المحكمة بأن الكفالة التي تقدمها الزوجة اليونانية المتوطنة في مصر ، لمصلحة شخص ليس من جنسيتها ولوفاء دين على زوجها تعتبر صحيحة خصوصاً متى ذكرت في التعهد أنها متنازلة عن الدفوع التي يمكن التمسك بها في هذا الموضوع وأنها تكون ملزمة بالتعويض اذا تمسكت بها (٨)

٢) حكمت أيضاً بأنه اذا كانت المادة ١٩٠ مدني تطبق في حالة الصغر والحجر وعدم الحصول على اذن الزوج وفي مسائل الوصاية فانها لا يمكن ، طبقاً للمبادئ العامة المسلم بها ، ان يسري حكمها على حالة المرأة التي تعاقدت بمساعدة زوجها ورهنت عقاراً واقعاً خارج الاقليم الذي يسري عليه قانون أحوالها الشخصية (أي عقاراً مصرياً) وهي بالغة ومتوطنة في مصر فلا يصح لها وقت تنفيذ العقد أن تتمسك بعدم أهليتها النسبية المشتقة من قانون أحوالها الشخصية التي كانت مجهولة للطرف الآخر وقت عمل العقد وفي هذه الحالة تكون ملزمة قانوناً بتعويض الضرر الناشئ عن ذلك بدون أن يسمح لها بالتمسك بقرار ڤليانوم (بند ٣٦٠) لان المسألة ليست مسألة أحوال شخصية وبفرض كونها كذلك فهذا لا يخليها من المسؤولية المدنية عن عملها هذا (٩)

---

(٨) س م ٦ مايو ١٨٩٦ ج ت م ٨ ص ٢٦٨

(٩) س م ٢ مايو ١٨٩٥ ج ت م ٧ ص ٢٨٢ — وهذا الحكم منتقد نوعاً ما لان مسائل الاهلية تابعة للاحوال الشخصية وا كانت المحكمة في حاجة للتعليل بهذا الشكل وهي في مصر وعندها وجه الاستثناء مفتوح وهو المسؤولية المدنية عن عملها هذا ويراجع بند ٢٢٧ في تقسيم أرچانتريوس الاحوال الى شخصية وعينية ومختلطة

٣) كذلك حكمت بأنه يصح الشذوذ عن القاعدة المقررة فى المادة ١٩٠ اذا كان عدم الاهلية استثنائياً كما هى الحال فى حكم الحجر أو فى حكم الافلاس أو اذا حصل غش من الاجنبى الذى أبرز أوراقاً مزورة مثلا لاثبات أهليته أو كان هناك من الظروف ما يحمل الطرف الآخر على أن يعتقد بأن خصمه مصرى يبلغ بعد الثامنة عشرة من عمره، وقد كان هذا الخصم ايطالياً وكانت سنه ثمانى عشرة سنة ولكنه كان قاصراً طبقاً للقانون الايطالى [(١٠)]

تقرير المبدأ والاستثناءات

ونحن نرى أن كل ما يتعلق بالاهلية بدون تمييز خاضع لقانون الاحوال الشخصية سواء تعلق بعقارات أو بمنقولات وسواء كان عدم الاهلية خفياً أو ظاهراً وذلك لان القانون قد قضى بذلك فى المادة ١٣٠ / ١٩٠ فلا معقب لحكمه. ويدخل تحت ذلك وجوب الاعتداد بالاحكام الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية المختصة فى كل ما يتعلق بتلك الاحوال واحترام تلك الاحكام بدون ضرورة لاخذ أمر بالتنفيذ من المحاكم المصرية ما دام التمسك بها حاصلا للاثبات كما تقدم فى بند ٣٤٩ [(١١)] . ومع ذلك يجب على المحاكم أن تمنع عديم الاهلية من أن يسبب ضرراً للغير بسبب غشه أو سلوكه المخالف لمقتضى عدم أهليته وبشرط أن لا يكون الخصم ذو الاهلية الذى يتعامل معه مهملا أو مقصراً فى الوقوف على حقيقة حال خصمه [(١٢)] . ففى هذه الاحوال يلزم عديم الاهلية بنتائج عمله وهو العقد بالرغم من عدم أهليته ويكون ذلك الالتزام ناشئاً عن خطئه الذى يجب أن يعوض لا عن العقد الذى يعتبر غير ملزم له نظراً لعدم الاهلية . وبذلك يحترم النص وتراعى مصلحة الغير فى آن واحد [(١٣)]

---

(١٠) س م ٦ يناير ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٥٠

(١١) وبالشرط الوارد فيه وقارن ڤاليرى ص ٨٤٣ و ٨٤٤

(١٢) قارن مبدأ الاحكام الفرنسية ص ٤٢٨ قبل

(١٣) قارن ڤاليرى ص ٨٥٠ وڤايس ٣ ص ١٦٥ ويلاحظ نص المادة ١٣٠٧ مدنى فرنسى فانها تنص على أن مجرد ادعاء الاهلية ليس مانعاً من فسخ العقد ، ونص المادة ١٣١٠ التى تقول بالتزامه الناشئ عن جنحة مدنية أو شبه جنحه

بحث ونظر ويختلف الاهتمام الذى يبذله العاقد ذو الاهلية بحسب طبيعة العقد وظروفه فمدير المصرف الذى يسلف الاجنبي نقوداً وقد يرتهن عقاراً تأميناً لدينه مكلف بالبحث التام والتحرى الكامل طبقاً للعادة التى تتبعها المصارف وبحكم طبيعة عمله فلا يقبل منه العذر بجهل حالة عديم الاهلية بعكس البائع المعتاد فى المحال التجارية فانه يعذر فى عدم استيفاء البحث المتقدم لان أصول تجارته تأبى أن يطلب من المشترين ابراز مستنداتهم الخاصة بجنسيتهم وأهليتهم فلا يكون مدير المصرف وبائع البنزين مثلا فى مركز واحد(١٤) كذلك يلتفت الى صلة المتعاقدين وهل هما من جنسية واحدة وهل يعلم ذو الاهلية بحالة خصمه أو لا يعلم أو كان فى مركز يمكنه من العلم أم لا وهل استعمل عديم الاهلية الغش أو سلك سلوكا يدعو الى الاطمئنان لحالته أم لا(١٥)

ويلاحظ أن كل حكم فى هذا الموضوع ونحوه مما سيرد ذكره فى بند ٣٧٨ وفى بند ٣٨١ قد يكون مضراً بأحد الطرفين فيراعى ايهما أحق بالرعاية وفى هذه الحالة ينظر الى جميع ظروف القضية كما تقدم .

---

(١٤) قارن الحكمين الفرنسيين الصادرين فى قضية شاب من بلاد المكسيك كان عمره يزيد على ٢١ سنة وهى السن القانونية فى فرنسا ويقل عن خمس وعشرين سنة وهى السن المطلوبة للبلوغ فى قانون المكسيك وقد حرر كمبيالات على نفسه بمبلغ ٦٠٠٠٠ فرنك واشترى مجوهرات بمبلغ ٧٠٠٠٠ فرنك فلما رفعت الدعاوى على وصيه فى باريس تمسك بكونه قاصراً فحكم ببطلان الكمبيالات نظرا لعدم أهليته وحكم عليه بدفع قيمة المجوهرات لان صاحب البنك الذى يسلف يجب عليه البحث كما قدمنا بعكس التاجر المعتاد الذى لا تخوله العادة حق البحث الدقيق (ڤاليرى ص ٨٥٤ و ٨٥٥)

(١٥) أما الغش فيكون بالادعاء بخلاف الواقع مع تعزيز الدعوى بمستندات أو أمور اخرى تقنع الطرف الآخر بصحة المدعى به وأما السلوك الذى يدعو الى الاطمئنان فهو تعمد اخفاء حالة غير ظاهرة بطبيعتها كما حصل فى فرنسا (حكم السين فى ٥ ابريل ١٨٩٥ كلونيه ١٨٩٥ ص ٦٠٧) فان امرأة ايطالية متزوجة كانت تتظاهر دائماً بأنها مطلقة وكان يوافقها زوجها على ذلك فلما باعت عقارا لها فى فرنسا رفع الزوج الدعوى على المشترى ببطلان البيع لكونها لم تحصل على اذن منه فرفضت الدعوى لان سلوك الزوجين هو الذى أدى الى عدم تطلب الاذن (ڤاليرى ص ٨٥١ — ٨٥٢)

طلب الاصلاح

ويجدر بالمشرع المصرى أن يضع نصاً فى الموضوع يشبه نص القانون الالمانى والقانون السويسرى (بند ٣٦١) وأن يستثنى صراحة أحوال الغش وما يشابهها ويضع الشروط اللازمة لسريان قوانين الاحوال الشخصية على العقارات المصرية كوجوب ذكر الحالة الخاصة فى دفاتر التسجيلات العقارية أو التأشير بها على هامش التسجيلات السابقة أو نحو ذلك مما يرى فيه ضمان حقوق المتعاقدين والغير

المطلب الثالث — سن الرشد

٣٦٢ — تختلف سن الرشد من بلد الى بلد فبينما نجدها خمس عشرة سنة أو أقل أو أكثر فى الشريعة الاسلامية الغراء (وهى غير معمول بها فى هذه النقطة فى مصر) على حسب البلوغ الطبيعى للطفل وظهور الرشد وحسن التصرف فى المال ، اذا هى تصل الى اربع أو خمس وعشرين فى بعض القوانين الاجنبية [(١)]

سن الرشد فى مصر

وسن الرشد فى مصر الآن بالنسبة للمصريين الخاضعين لاختصاص المحاكم الشرعية من مسلمين وغير مسلمين[(٢)] هو طبقاً للمادتين الثانية والثامنة من الامر العالى الصادر فى ١٩ نوفمبر ١٨٩٦ الخاص بالغاء أقلام بيت المال وبترتيب المجالس الحسبية هى الثامنة عشرة فاذا بلغها القاصر تنتهى الوصاية عليه

سن الرشد فى الخارج

[٣٦٢] (١) سن الرشد فى الصين ١٨ سنة وفى ايطاليا ١٩ سنة وفى المانيا ٢١ ولكن يجوز اصدار قرار من محكمة الوصايا بالبلوغ بعد ١٨ سنة وفى فرنسا وانجلترا واليابان وبلاد اليونان ٢١ وفى اسپانيا وهولاندا ٢٣ سنة وفى النمسا وفى المجر ٢٤ سنة وفى بلاد الدنمارك والمكسيك ٢٥ وفى الشريعة الاسلامية يعتبر الصبى مميزا بعد السابعة من عمره وتختلف حالته بعد ذلك بحسب ما اذا كان مأذونا فى التجارة أو غير مأذون وفى بعض القوانين الاجنبية ايضا تمييز بين الصبى المأذون وغير المأذون أو المحرر émancipé وغير المحرر non émancipé راجع المواد ٤٧٦ — ٤٨٧ من القانون المدنى الفرنسى

(٢) س م ١٠ مايو ١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ٢٤٩ الذى قرر سريان الامر العالى على جميع العثمانيين من مسلمين ومسيحيين وان الامر المذكور يسرى على البطركخانات ولا يصح لها ان تحكم بغيره وقررت المحكمة ان الامر العالى مشروع من حيث الشرع لان لولى الامر ان يختار الرأى الاصلح من بين آراء الائمة

وتحتسب طبقاً للتقويم العربى الهجرى دون التقويم الميلادى [٣]

وبمرور الثامنة عشرة يصبح المصرى بالغاً بنص القانون وتنتهى الوصاية أو الولاية كذلك بنص القانون[٤] ما لم يكن المجلس الحسبى قد قرر استمرارها (المادة ٨) فاذا لم يثبت صدور قرار منه بذلك قبل مرور الثمانى عشرة سنة فتعتبر الوصاية قد زالت[٥]

استمرار الوصاية

فاذا قرر المجلس استمرار الوصاية فتستمر الى المدة التى يراها بحيث لا تصل الى أكثر من خمس وعشرين سنة حيث تنتهى الوصاية شرعاً ببلوغ تلك السن ويصح أن تحل محلها القوامة للسفه أو لغيره من الاسباب

ولا محل للتمييز من وجهة الاهلية عند المصريين بين من كان من القصر تحت ولاية الأب أو نحوه ومن كان تحت وصاية الوصى بسبب وفاة أبيه فان سن الرشد لكل منهما ثمانى عشرة سنة [٦]

بعد الثامنة عشرة يصبح الصغير بالغاً وما دام أنه لم يصدر قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية فان أعماله وتصرفاته تعتبر صحيحة بعد الثامنة عشرة فاذا صدر قرار استمرار الوصاية بعد بلوغه الثامنة عشرة فلا يكون له تأثير رجعى على ما تم من التصرفات قبل صدوره[٧] ويعتبر حجراً عليه لأن الوصاية التى زالت لا يمكن أن تستمر[٨] وعلى كل حال يجب نشر قرار استمرار الوصاية فى

---

(٣) حكم اسكندرية المختلطة ١٤ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٨١ نمرة ٣٩٢ المؤيد من الاستئناف المختلط فى ٢٢ يناير ١٩١٤ جازيت ٤ ص ٦٥ نمرة ١٦٥ وحكم محكمة مصر فى ١٥ مايو ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٦٣ نمرة ٥١٢ و س م ١٥ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٩١ نمرة ٢٢٠ و س م يونيه ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٩٣ نمرة ٣٩٦

(٤) س م ١٣ فبراير ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ١٥٤

(٥) الحكم السابق

(٦) س م ١٤ نوفمبر ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٢٠ نمرة ١٤

(٧) س م ٢٩ يونيه ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٩٣ نمرة ٣٩٦ والاحكام الاهلية المشار اليها فيه

(٨) ورد فى منشور للمجالس الحسبية صادر من وزارة الحقانية فى ١٣ يناير ١٩١٦

الجريدة الرسمية بمعرفة الوصى لاجل احاطة الجمهور علماً به[٩]

المحكمة المختصة — والسلطة المختصة بتعيين الاوصياء أو عزلهم أو استبقائهم هى المجالس الحسبية أو البطركخانات أو القنصليات بحسب الأحوال[١٠]

القانون المختص — ويرجع الى قانون الأحوال الشخصية التابع اليه القاصر لمعرفة حدود سلطة الوصى على أمواله أو الوالد والجد بصفتهما أوليـاء على المال ومنوط بهما ادارته مثال ذلك لا يجوز فى الشريعة الاسلامية فسخ البيع الذى وقعه الوالد على أموال الولد اذا كان البيع حاصلا بقيمة المثل أو بغبن يسير و بدون اذن من المجلس الحسبي لانه للآن ليس للمجالس الحسبية سلطة على الأولياء وهم أصحاب السلطة الأبوية لأن هؤلاء تابعون لسلطة المحاكم الشرعية ولقواعد الشريعة الاسلامية مباشرة[١١]

نمرة ٥٥٠ ان الوزارة لاحظت من حوادث عرضت عليها ان بعض المجالس الحسبية ينظر فى طلب استمرار الوصاية بعد بلوغ القصر سن الاهلية ، وحيث ان هذا مخالف للقانون من جهة اذ متى بلغ القاصر سن الثمانى عشرة سنة تزول عنه الوصاية بحكم القانون وتنقطع مدتها فلا يكون هناك محل للقول باستمرارها بعد ذلك ، ومن جهة اخرى فان اتباع هـــذه الطريقة فيه ضرر بمصلحة القاصر الذى يبلغ السن غير رشيد حيث تكون تصرفاته من ذلك الوقت الى ان يحجر عليه نافذة فى ماله — لهذا كان من الواجب على رؤساء المجالس الحسبية ان يتحروا عن احوال القصر قبل بلوغهم سن الرشد بشهر على الاقل أو شهرين على الاكثر ويعرضوا نتيجة هذه التحريات على هيئة المجلس ليرى ما اذا كانت حالة القاصر المتناور فى شأنه تستدعى استمرار الوصاية عليه من عدمه — راجع أيضاً حكم المجلس الحسبي العالى فى ١٤ يونيـــه ١٩٢٣ مج ٢٤ ص ١١٣ نمرة ٦٩

(٩) وذلك طبقا للمادة ١٩ من لائحة ٢٦ يناير ١٨٩٧ الخاصة بتنفيذ الامر العالى الصادر بترتيب المجالس الحسبية وهو مستند الى الامر العالى المذكور الذى أوجب على نظار الداخلية والمالية والحقانية فى المـادة ٢١ نشر ما يلزم لتنفيذه من الاحكام النظامية أو التتميمية . وفيما يتعلق بقيمة النشر راجع ما سيرد فى الحجر بخصوصه (بند ٣٦٣)

(١٠) ولمعرفة النزاع الذى يمكن ان يحصل بين هذه الجهات المختلفة فى مصر يرجع الى الكتاب الرابع

(١١) س م ٢٥ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٠٨ نمرة ٢٩٠ وهناك مشروع قانون تحت النظر الان يقضى باخضاع الاولياء على المـــال لسلطة المجالس الحسبية وكذلك يقضى بتشبيه الوصى المختار بالوصى المعين من قبل المجالس الحسبية فى كل الامور مع اختلافهما فى الحكم شرعا فى بعض المسائل — وراجع فى موضوع الولاية على المال كتاب الاستاذ داريو بلاچى المحامى

واذا كان الولد مصريا مسيحياً فان حقوق والده عليه باعتباره ولياً على ماله تكون محكومة بقانون البطركخانة التابعين اليها لا بالشريعة الاسلامية . و بناء على ذلك يعتبر الرهن الذى أوقعه الوالد على مال الولد باطلا . بعكس ما اذا كانت الشريعة الاسلامية هى التى تحكم فى الموضوع فان الرهن يكون صحيحاً فى بعض الاحوال(١٢) ولا تسرى هذه القاعدة على المسيحيين كما قدمنا (١٣)

كذلك تكون العبرة دائما بجنسية القاصر عند ما يراد معرفة السلطة المختصة بالنظر فى الوصاية أو الولاية على ماله ، ولا يلتفت الى جنسية الوصى أو الولى

سن الاتجار

ويلاحظ أن هناك سن خاصة وشروط خاصة من أجل الاهلية للاتجار وهى ترد فى بند ٤٠٠

سن الزواج والقانون الجديد

وأما سن الزواج فهى غير محددة فى الشريعة الاسلامية الغراء ولذلك لم يكن ثمت قيد على الزواج بين المسلمين فى مصر من حيث السن الى أن صدر القانون نمرة ٥٦ لسنة ١٩٢٣ (فى ١١ دسمبر ١٩٢٣) فقرر : —

أولا : عدم جواز سماع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد الا بأمر من صاحب الجلالة الملك . وأضيف هذا الحكم الى نص المادة ١٠١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

ثانياً : عدم جواز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند الى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد . وأضيف هذا الحكم الى نص المادة ٣٦٦ من اللائحة الشرعية

Dario Palagi, De la puissance paternelle sur les biens des enfants d'après le droit Musulman, Alexandrie 1915. امام المحاكم المختلطة

(١٢) س م ٢٥ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٠٨ نمرة ٢٩٠
(١٣) س م ٣١ مايو ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٥٨ نمرة ٤٦٢

وهذه النصوص تعتبر ناهية عن عقد الزواج قبل السن المذكورة فلا يجوز لمأذون أو قاض أن يعقده قبلها كذلك تعتبر مانعة من سماع دعوى الزوجية قبل السن المذكورة ؛ وبما أنها لم تنص على بطلان الزواج الذى يحصل قبل السن القانونية ، وبما أن الشريعة الاسلامية تجيز الزواج فى أى سن بشروطها المعلومة فلا يكون الزواج باطلا ولكن لا تسمع به الدعوى ولا يعتبر أمام المحاكم الا اذا تجدد العقد بعد السن القانونية . وبما أن البلاد قد اعتادت الزواج قبل هذه السن ولم يكن المشرع صريحاً حتى ينص على البطلان فستوجد صعوبات كبيرة فى تطبيق هذا القانون وفى معرفة حالة الاولاد الذين يولدون من زواج لم يصل فيه أحد الوالدين الى السن القانونية ؛ وفى هذا التشريع خطر على العائلات الاسلامية لأنه خال عن الاحكام الوقتية التى بها يصحح مركز من تزوجوا قبل صدوره . وجدير بالمشرع أن يتمم هذا العمل الناقص بنصوص تكمله بالنص على بطلان الزواج الذى يقع مخالفاً لحكمه ، اذا كان هذا هو المقصود ، وبنصوص تصحح مركز المتزوجين من قبله

سن الزواج فى الخارج

هذا ومن المفيد ذكر السن التى تتطلبها القوانين الأجنبية للزواج ففى فرنسا وبلچيكا وايطاليا ورومانيا لا يجوز للمرأة أن تتزوج قبل خمس عشرة سنة ولا يجوز للرجل أن يتزوج قبل الثامنة عشرة ومع ذلك يجوز لرئيس الجمهورية فى فرنسا أن يعفى من قيد السن لأسباب هامة . وفى المانيا لا يجوز للرجل أن يتزوج قبل الحادية والعشرين ولا يجوز للمرأة أن تتزوج قبل السادسة عشرة ويجوز للمرأة أن أن تحصل على اعفاء من قيد السن ، ويعتبر التحديد من باب النهى فلا يعتبر البطلان مطلقاً الا اذا كان الطفل أقل من السابعة . وفى انجلترا يجوز للذكور أن يتزوجوا من الرابعة عشرة وللاناث من الثانية عشرة . وفى النمسا يجوز لكل من الذكور والاناث أن يتزوج فى الرابعة عشرة من عمره وفى الترفيج فى الخامسة عشرة وفى الدنمارك سن الزواج للرجل احدى وعشرون سنة وللمرأة ست عشرة سنة وفى اسپانيا للرجل أربع عشرة سنة وللمرأة اثنتى عشرة وكذلك فى بلاد اليونان

وفى هولاندا السن للرجل ثمانى عشرة وللمرأة ست عشرة سنة وفى السويد سن الزواج احدى وعشرون للرجل وسبع عشرة للمرأة . وفى سويسرا عشرون للرجل وثمانى عشرة للمرأة

معاهدة لاهى فى الوصاية

و يلاحظ أخيراً أنه توجد معاهدة بين بعض الدول فيما يتعلق بالوصاية Tutelle وقد أمضيت فى لاهى سنة ١٩٠٢ (١٤) وهى تقضى بأن تنظيم الوصاية يكون من شأن قانون جنسية القاصر واذا كان القاصر مقيما فى بلد أجنبى فقد تكفلت المعاهدة بتنظيم الوصاية عليه اما بواسطة السلطات القنصلية أو السياسية التابع اليها القاصر واما بواسطة محاكم البلد الموجود به القاصر بحسب الاحوال

المطلب الرابع — الحجر للسفه وغيره

٣٦٣— الحجر نظام لم يقرر بصفة عامة فى بعض البلاد مثل انجلترا وأمريكا فهما لا تعرفان الحجر للسفه مثلا (٠) . وفى البلاد التى أقرت الحجر لا مناص من وجود اختلافات كبيرة فيما يتعلق بالاسباب الداعية اليه وفى الاجراءات الموصلة اليه

فى مصر

وفى مصر يعتبر الحجر متوقفاً على قانون جنسية الشخص أو ديانته ويعتبر الحكم أو القرار الصادر به صحيحاً متى صدر من السلطة الوطنية أو الدينية التابع اليها المحجور عليه . وللحجر الآثار التى يسندها اليه القانون الشخصى للمحجور عليه ، وهو يصدر بالنسبة للمسلمين من المجالس الحسبية و بالنسبة للمسيحيين من بطركخاناتهم وللاجانب من قنصلياتهم أو من محاكم بلادهم الاصلية التابعين اليها من حيث الجنسية أو الموطن بحسب الاحوال .

عدم زواله بتغيير الجنسية

ومن المبادئ المقررة فى الموضوع أن مجرد تغيير الجنسية أو الدين لا يرفع قيد

---

(١٤) راجع فيها ڤاليرى ص ١١٧٤ وباتى Baty, Polarized Law ص ١٨٦

[٣٦٣] (٠) فى الشريعة الاسلامية يحجر على الصغير والمجنون وذى الغفلة والسفيه والمديون (ماده ٤٨٢ من الاحوال الشخصية) ولكن الغرض هنا الكلام على الحجر الذى يصدر به قرار من السلطة المختصة

الحجر عن المحجور عليه[1] خصوصاً فى نظر محاكم البلاد التى صدر فيها قرار الحجر[2]

ولا بالزواج

كذلك لا يرفع الزواج قيد الحجر فى الشريعة الاسلامية اذا كان الحجر بسبب السفه لان الحجر لا يقصد به مجرد المحافظة على المحجور عليه وانما يقصد به أيضاً المحافظة على مال المحجور عليه الذى للعائلة حق استبقائه وحفظه من التبذير حتى يؤول اليهم بالطريق الشرعى بعد وفاته وينفق منه عليهم حال حياته . وقد تقرر هـذا المبدأ فى القضايا التى رفعت أمام المحاكم المختلطة بخصوص حالة صالحة هانم التى جردت من لقب الامارة المصرية وقد كانت محجوراً عليها من مجلس حسبى مصر بقرار صادر فى ٦ يونيـة ١٩٠٩ تأيد من محكمة الاستئناف الاهلية فى ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ بعد أن تزوجت فى خلال ذلك وبتاريخ ١٩ يوليه ١٩٠٩ من رجل روسى مسيحى يدعى ڤلاديمير يوركڤتش أمام أحد القسيسين فى كنيسة اللوثريين البروتستانتيـة فى سان بطرسبرج وهى محل اقامة الزوج وتوطنت معه فيها باعتبارها زوجته الشرعية فحكمت المحاكم المختلطة بأن الزواج بفرض صحته وتغيير الجنسية بفرض حصوله فعلا لا يفكان الحجر المحكوم به من السلطة المختصة وان زواج السفيه فى الشريعة الغراء لا يرفع عنه الحجر طبقاً للمادتين ٥١ و ٤٩٠ من قانون الاحوال الشخصية[3]

قضية صالحة هانم

ويلاحظ أن ليس للمحجور عليه عندنا حق مقاضاة الغير بخصوص الاموال بدون مساعدة القيم عليه ولذلك حكمت بعض المحاكم برفض الدعوى الفرعية التى يرفعها

---

[٣٦٣] (١) س م أول يونيه ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ٣٧٣ وقد قضى بان الحكم الصادر من احدى القنصليات بالحجر لا يلغى لمجرد تغيير جنسية المحجور عليه بعد صدور الحكم

(٢) أما محاكم البلاد الاخرى فانها ليست مقيدة بهذا القيد ولها أن تفحص الظروف وتحكم بحسب ما يتراءى لها خصوصاً اذا كانت هى البلاد التى اعتنق المحجور عليه جنسيتها أو ديانتها

(٣) س م ١١ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٦ مع حكم محكمة اسكندرية المدنية المختلطة فى ١٥ مايو ١٩١٧ جازيت ص ١٣٧ نمرة ٤١٠ وسيرد فحص هـذه القضايا من حيث صحة الزواج وعدمها فى بند ٣٧١ مكررا

المدعى عليه ضده بتعويض الضرر الناشئ عن الدعوى الكيدية التى رفعها منفرداً بدون مساعدة القيم [(٤)]

نشر قرار الحجر

هذا وقد أوجبت المادة ١٩ من لائحة تنفيذ الامر العالى القاضى بالغاء اقلام بيت المال وبترتيب المجالس الحسبية ، نشر القرارات القاضية بتوقيع الحجر وباستمرار الوصاية الى ما بعد الثامنة عشرة (بند ٣٦٢) فى الجريدة الرسمية بمعرفة القيم أو الوصى لاجل احاطة الجمهور علماً بها

التنازع بشأن قرار الحجر

وقد حصل التنازع أمام المحاكم المدنية والتجارية المصرية على معرفة الوقت الذى يجب أن يعمل فيه بقرار الحجر حتى تلغى التصرفات الحاصلة من بعده هل هو وقت صدوره أم وقت نشره وقد حصل التساؤل أيضاً عن قيمة التصرفات الحاصلة فى الفترة ما بين طلب الحجر وصدور القرار به

لا شك مطلقاً فى أن القرار الذى نشر فى الجريدة الرسمية ينتج كامل نتائجه بعد النشر سواء علم به من تعاقد مع المحجور عليه أم لم يعلم

أما قبل النشر فالمسألة مختلف فيها فى أحكام المحاكم المختلطة حيث يقضى بعضها بأن قرار الحجر ينتج نتائجه من يوم صدوره ولا عبرة بكونه لم ينشر نظراً لان اجراءات النشر من الاجراءات الخارجية التى لا تأثير لها على قرار الحجر نفسه وانها تحصل لمجرد احاطة الجمهور علماً بالقرار [(٥)] وقضى البعض الآخر بأن عدم نشر القرار يجعله غير ذى قيمة بالكلية [(٦)] وهناك رأى ثالث يقضى بأن

---

(٤) قضية صالحة هانم ، حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ١٥ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٣٧ نمرة ٤١٠ وهنا يصح التساؤل عما اذا كان الحكم صحيحاً لان الحكم بالتعويض الناشئ عن فعل الشخص لا ضرورة معه للاهلية ولكن يرد على ذلك بأن الحكم يجب أن يكون فى مواجهة القيم ولذلك رفضت المحكمة الطلب بحالته التى هو عليها ولا مانع من رفع دعوى به فى مواجهة القيم

(٥) حكم محكمة التجارة باسكندرية بهيئة استئنافية فى ٢ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٨٠ نمرة ٣٧٥ حيث النت كمبيالة كتبها محجور عليه لم يعلن عن قرار حجره وراجع التعليق عليه ، وحكم محكمة التجارة فى القاهرة فى ٩ مايو ١٩١٤ جازيت ٤ ص ١٧٠ نمرة ٤١٢ وقارن س م ٢٧ يناير ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٧٢ نمرة ١٨٥

(٦) س م ٢٩ مارس ١٨٩٤ مج ت م ٦ ص ٢١٨ وس م ١٦ مايو ١٩٠٠

آثار قرار الحجر تنتج إما من يوم نشره أو من تاريخ ثبوت علم الشخص الذى تعاقد مع المحجور عليه ، بصدور قرار الحجر(٧)

وأما الاعمال التى تمت قبل صدور قرار الحجر فانها تعتبر صحيحة ولا يؤثر عليها قرار الحجر الصادر بعدها(٨) اللهم الا اذا كانت قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ أى اذا كان العاقد الآخر يعلم أن طلب الحجر على السفيه الذى تعاقد معه قد قدم الى الجهة المختصة(٩) وعلى الخصوص تلغى الاعمال التى حصلت بعد تقديم طلب الحجر اذا كان الغرض منها الوصول الى منع صدور قرار الحجر فيكون الغش ظاهراً فى هذه الحالة وأمثالها ويترتب عليه بطلان الاعمال المذكورة رغم حصولها قبل قرار الحجر وقبل نشره(١٠)

النتيجة

واننا نستنتج من الاحكام المذكورة ، ومن كون الاهلية هى القاعدة العامة بالنسبة لمن بلغ السن القانونية ، ومن كون الحجر للسفه استثناء خفياً لا يظهر من رؤية السفيه كما قد يظهر الصغر أو الجنون ، نستنتج من ذلك أن البالغ يعتبر ذا أهلية ما لم يكن قد صدر قرار بالحجر عليه ونشر ذلك القرار بالطريقة الرسمية فى الوقائع المصرية ويسرى هذا القرار على كل من يتعاقد مع السفيه بعد النشر المذكور سواء كان حسن النية أو غير حسن النية أى عالماً بالحجر أو غير عالم فاذا ما أريد طلب بطلان تصرف أو عمل أجراه السفيه قبل النشر المذكور فيجب لصحة الطلب ولقبوله أن يثبت القيم علم الطرف الآخر بقيام الاجراءات التى اتخذت لطلب الحجر عليه أو من باب أولى علمه بصدور قرار الحجر

مج ت م ١٢ ص ٢٥٢ وحكم محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة مرتين فى سنة ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٤٣ نمرة ٥٠ وأخيراً س م ٢ مارس ١٩١٦ جازيت ٦ ص ٨٩ نمرة ٢٧٨ الذى قرر بأن الاحكام قد استقرت على هذا الرأى نهائياً

(٧) س م ٢٩ دسمبر ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٣٩ نمرة ٩٧

(٨) س م ١٦ مايو ١٨٨٩ مج ت م ١ ص ١٨٩

(٩) س م ١٧ مارس ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ١٩٥

(١٠) س م ٣ فبراير ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١٢٣ وس م ٢٧ يناير ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٧٢ نمرة ١٨٥

التاريخ الثابت

هذا وتتطلب محكمة الاستئناف المختلطة ، طبقاً للقواعد القانونية الثابتة فى مادة الاثبات ، أن يكون التصرف أو العمل المدعى بصحته وصدوره قبل الحجر أو قبل النشر ، فى حالة عدم وجود غش أو تواطؤ ، ثابت التاريخ رسمياً قبل الحجر أو النشر وذلك لأنه اذا لم يتطلب التاريخ الثابت فيكون من السهل تقديم تاريخ التصرفات أو الاعمال الحاصلة بعد الحجر أو النشر ومنع الحجر أن ينتج نتائجه بالنسبة لما تم بالفعل من بعده(١١)

فك الحجر

أما القرار الصادر بفك الحجر عن السفيه فينتج نتيجته من يوم صدوره(١٢) ولكن تعتبر الاجراءات القانونية الموجهة ضد القيم صحيحة رغم فك الحجر ما دام القرار الصادر بذلك لم يعلن للخصم فى تلك الاجراءات(١٣)

الحجر للعته والجنون

هذا ويعتبر الحجر للعته أو للجنون مقرراً لحالتى العته والجنون واذا كان قرار الحجر لهذين السببين ينتج نتائجه فى العادة بالنسبة للمستقبل فقط الا أنه من المقرر أيضاً انه من الممكن الحصول على بطلان جميع الاعمال أو التصرفات التى تمت من قبل صدوره متى امكن اثبات وجود حالة العته أو الجنون بشكل ظاهر أو معلوم لدى الجمهور قبل صدور قرار الحجر وذلك لان حالة الجنون تجعل التصرفات الحاصلة أثناء قيامها باطلة (١٤) ومع ذلك فما حصل منها فى أثناء انقطاع حالة الجنون أى وقت الادراك او الإفاقة يكون صحيحاً(١٥)

واثبات سبق وجود الجنون على تاريخ الحجر يكون واجباً على القيم على

(١١) س م ٢٠ مارس ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٠٦ نمرة ٣١٢
(١٢) س م ١١ مايو ١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ٢٦٥
(١٣) س م ٣ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٩١ نمرة ٢٢٧
(١٤) س م ١٦ مايو ١٨٨٩ مج ت م ١ ص ١٨٩ وهو يقارن فى هذا الموضوع ويميز بين حالة الحجر للسفه (حاشية •) وبين حالات الحجر للعته والجنون وس م ١٩ فبراير ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢٠١ والتعليق عليه وس م ٢٤ يناير ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٦٨ نمرة ١٦٥
(١٥) راجع الحكم الآتى فى الحاشية الآتية

المجنون متى صدر قرار الحجر[١٦] وبعد صدور القرار يكون اثبات حالة الادراك او الافاقة على من يدعى حصول التعاقد أثناء تلك الحالة

هذا وجميع القواعد المتقدمة خاصة بالمسلمين المصريين

حالة الاجانب — أما الاجانب فان القواعد بالنسبة اليهم هى قواعد قوانين احوالهم الشخصية. وقد حكم تطبيقاً لذلك أن القوانين الفرنسية واليونانيـة تنص صراحة على أنه لا يصح مطلقاً أن يطعن فى أعمال الشخص بعد وفاته اذا لم يكن محجوراً عليـه ولم يكن قد طلب الحجر عليه حال حياته ، اللهم الا فى حالتين فقط وهما :

الحالة الأولى : أن يكون التصرف قد حصل أثناء وجوده فى مستشفى المجاذيب

الحالة الثانية : أن يتبين الجنون من نفس العمل أو التصرف المطعون فيه[١٧]

هذا وبخصوص الحجر الناشئ عن الحكم على الجانى (وهو فى الغالب مصرى — بند ٣٣٥) بعقوبة جناية فان هذا النوع من الحجر ينتج نتيجته ولو لم ينشر عنه شيء طبقاً لما ذكرناه فى بند ٣٦٠

ويلاحظ أخيراً أنه توجد معاهدة خاصة بين بعض الدول الاوروبية بخصوص الحجر وقد أمضيت فى لاهى سنة ١٩٠٥[١٨]

المبحث الثانى — حالة الأشخاص المعنوية

ما هو القانون الذى يحكمها — **٣٦٤** — النقطة الجوهرية فى موضوع الاشخاص المعنوية هى معرفة « القانون الذى يحكم الشخص المعنوى » والذى قد يختلف عن القانون أو القوانين التابع اليها كل فرد من الافراد الذين اشتركوا فى تكوين الشخص المعنوى المذكور

---

(١٦) حكم محكمة التجارة باسكندريه فى ٦ مايو ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٦

(١٧) س م ١١ نوفمبر ١٩١٥ جازيت ٦ ص ١٧ نمرة ١٩ وفيه ابحاث مفيدة جداً وس م ٣ يونيه ١٩١٦ جازيت ٦ ص ٨٦٢ نمرة ٥٠٨

(١٨) راجع بشأنها ڤاليرى ص ١١٧٥ بند ٨٣٢ وباتى Baty, Polarized Law ص ١٨٨ وعنوانها Interdiction أو committeeship

ولا شك أن هناك أشخاصاً معنوية مصرية مثل الحكومة المصرية ومجلس بلدى الاسكندرية وشركة بنك مصر كما لا شك أن هناك أشخاصاً معنوية أجنبية مثل الحكومات الاجنبية والشركات المستندة الى قوانين أجنبية معينة والتى ليس ثمت محل للشك فى كونها أجنبية وهناك طائفة أخرى من الشركات ليس من السهل معرفة القانون الذى يحكمها أو الذى يجب أن يحكمها . ومن ذلك يفهم أن للاشخاص المعنوية أو للشركات جنسية كما للافراد جنسية وان من اللازم معرفة ما هى الجنسية بالنسبة لشخص معنوى معين أو لشركة معينة (١) اذ معرفتها هى التى ترشدنا الى القانون الذى يحكم الشخص المعنوى

والتساؤل عن القوانين التى تخضع اليها الاشخاص المعنوية المختلفة أو عن حقيقة جنسية الشخص المعنوى يستلزم الاعتراف بحقيقة هامة هى أن المحاكم المصرية تقر وجود الاشخاص المعنوية الاجنبية المكونة تكويناً صحيحاً طبقاً لقوانين البلاد الاجنبية المنتسبة اليها والتى لم يكن الغرض من نسبتها الى تلك القوانين الاجنبية محاولة الافلات من حكم القانون المصرى حيث يكون من اختصاصه الحكم

ومن المشاهد كل يوم أمام المحاكم المصرية أن الشركات أو الاشخاص المعنوية الاجنبية على العموم ترفع الدعاوى باسمها وترفع عليها الدعاوى شخصياً أمام هذه المحاكم بصفتها شركات أو اشخاص معنوية أجنبية . مثال ذلك بنك الكريدى ليونيه وشركة المساجيرى ماريتيم وشركة تراموای مصر وشركات الترام والمياه والنور

---

[٣٦٤] (١) وقد نازع بعض المؤلفين فى هذه النقطة ولكنها أصبحت فوق النزاع عند ما ثبت الرأى الآن على أن الشركات والاشخاص المعنوية على العموم هى حقائق موجودة يقر القانون وجودها ولا ينشئها — راجع الرد على هؤلاء المؤلفين فى ارمانجون : جنسية الاشخاص المعنوية ص ٣٨٠ فى مجلة القانون الدولى سنة ١٩٠٢ وقد أخذ المشرع المصرى برأى الجنسية فنص عليه فى المادة ٤١/٤٧ تجارى حيث قال عن الشركات التى تؤسس فى مصر انها تكون « مصرية الجنسية » de nationalité égyptienne

بالاسكندرية وسكة حديد الدلتا الضيقة وشركة عربات النوم الدولية وغيرها — كلها شركات أجنبية معترف بأجنبيتها و بشخصيتها المعنوية بلا شك ولا جدال (راجع بند ٣١٨ بخصوص جمعية صانعى الاسلحة فى شيفلد)[٢]

نقص التشريع المصرى

والشركات المذكورة وأمثالها ، وان كانت أجنبية ، يصح أن تتخذ القطر المصرى ميداناً لعملها كله أو بعضه ويصح أن تنشئ لنفسها فرعاً أو فروعاً فيه وليس فى القطر المصرى قانون ينظم الاعتراف بالشركات الاجنبية وجواز مباشرتها العمل فيه وانشائها الفروع فيه . بعكس البلاد الحريصة على كيانها المحافظة على مرافقها الحيوية والاقتصادية فانها تضع شروطاً وقيوداً على الشركات الاجنبية التى تتخذ تلك البلاد ميداناً لعملها كله أو بعضه أو تنشئ لها فروعاً فيه ، بند ١٤٩[٣]

---

(٢) قارن ڤاليرى نمرة ٣٤٥ ص ٤٤٧ حيث ينتقد فكرة العلامة البلجيكى لوران (جزء ٤ نمرة ٧٢) وغيره من أن الشخص المعنوى لا يوجد الا بارادة المشرع وذلك لان الفكرة الصحيحة التى تركز عليها الشخصية المعنوية الآن هى فكرة حقيقية principe de la réalité des personnes morales فالشخص المعنوى يوجد بوجود عناصره المكونة له والقانون يقرر وجوده ولا ينشئه فاذا ما أقر القانون بوجوده فهل يعتبر موجوداً فى نظر القوانين الاخرى وماذا تكون حقوقه فى البلاد الاخرى ؟

(٣) مثلا فى فرنسا يقضى القانون الصادر فى ٣٠ مايو ١٨٥٧ بانه لا يجوز لشركات المساهمة الاجنبية أن تستعمل أى حق فى فرنسا الا اذا كان مصرحاً لها بذلك بدكرتو فرنسى (ڤاليرى ص ٤٥١ وص ١٢٦٥ وحاشية ١ فيها) وقد حصل التصريح للشركات المكونة فى بلاد معينة منها تركيا ومصر وايطاليا وغيرها ويحصل التصريح بدكرتو خاص فى الاحوال الخاصة (ڤاليرى ص ١٢٦٥ حاشية ٣) وفى ايطاليا يجوز للشركات الاجنبية أن تتقاضى أمام المحاكم وأن تشتغل فى ايطاليا « بشرط أن تنشر فيها عقد الشركة وأن تكون مصالح أصحاب الاسهم من الايطاليين مضمونة » وذلك على مقتضى قانون التجارة الايطالى الذى صار العمل بمقتضاه من أول يناير سنة ١٨٨٣ . كذلك فى النمسا شروط تضمن معرفة تفاصيل أعمال الشركات الاجنبية وقيود على انشائها الفروع واذا أرادت شركة أجنبية أن تفتح لها فرعاً فى البلجيك أو فى سويسرا وجب عليها نشر قانونها مثل الشركات الوطنية . ولا يجوز فى تركيا لشركة أجنبية أن تفتح لها فرعاً أو توكيلا الا اذا حصلت على ارادة بذلك — بار ص ٢٤٤ و ٢٤٥ وڤاليرى بند ٩١٤ ص ١٢٧٥ ‹‹ وبه تقسيم للبلاد المختلفة من حيث قبولها الشركات الاجنبية وتقييد عملها أو عدم تقييده) هذا ومن العقبات الكبرى لفتح فروع للشركات الاجنبية فى بعض البلاد وجوب دفع ضرائب كبيرة عليها ولذلك فكثير منها يطلب ترخيصاً بشركات جديدة تستمد جنسيتها من البلاد التى تشتغل فيها وتكون على اتصال بالشركات الاصلية وتسمى الشركة الجديدة فى هذه الحالة « وليدة » الشركة الاصلية filiale (ڤاليرى ص ١٢٧٧)

ومحل التساؤل الآن هو ماهية القانون الذى يحكم هذه الاشخاص المعنوية الاجنبية وأهمية هذا السؤال ظاهرة فان هذا القانون هو الذى يستند اليه الشخص المعنوى : هو الذى يبين شروط وجوده فى العالم القانونى وشروط صحته وهل هو شخص مدنى أو تجارى وما هى أوصافه الاخرى وكيف يجب أن يكون اسمه وتكوين رأس ماله ومقدار حقوقه وواجباته وطبيعتها ومن هم المسؤلون عن ادارة أعماله وغير ذلك مما يتعين كله بتعيين القانون الذى ينتسب اليه الشخص المعنوى[٤]

النظريات المختلفة

اختلف أولو النظر فى معرفة القانون الذى يحكم الشخص المعنوى اختلافاً كبيراً ولا تقل النظريات فى هذه النقطة عن ست : —

١ : جنسية الدولة التى أوجدته

النظرية الاولى : أن الشخص المعنوى يكون تابعاً فى الجنسية للدولة التى سمحت بتأليفه وتكوينه وهذه النظرية مبنية بالضرورة على نظرية أن الدولة هى التى تستحدث الاشخاص المعنوية وقد ثبت فساد هذه النظرية وأصبح من المقرر الآن أن الدولة لا تستحدث الاشخاص المعنوية وانما تقرر وجودها والاقرار شيء والانشاء شيء آخر فاذا كان الشخص موجوداً فلا تكون جنسيته جنسية الدولة التى أقرت بوجوده لأنه يصح أن يقر بوجوده عدد من الدول فأيها تكون جنسيته هى جنسية الشخص (راجع حاشية ٢)

٢ : جنسية الاعضاء

النظرية الثانية : أن يكون للشخص المعنوى جنسية أعضائه أو بالاقل جنسية أغلبية أعضائه[٥] ولكن فى هذه النظرية انكاراً للشخصية الخاصة التى تكون له والتى هى مستقلة عن شخصية الاعضاء وقد يكون الاعضاء من جنسيات مختلفة وقد تتغير جنسيات الاعضاء بانسحابهم وحلول غيرهم مكانهم وقد لا يكون لشخصية الاعضاء أدنى دخل فى تكوين الشخص المعنوى كما اذا كانت شركة مساهمة عامة، أو شركة أموال على العموم[٦]

---

(٤) قارن ڤاليرى بند ٩٠٠ ص ١٢٦٢
(٥) ڤادى سومبير جزء ٢ نمرة ٧٦٧
(٦) ڤاليرى ص ٤٤٣

٣ : جنسية البلد الذى تمت فيه الاجراءات

النظرية الثالثة : تقضى بأن تكون جنسية الشخص المعنوى هى جنسية البلد الذى تمت فيه الاجراءات التى أنشأته pays où l'acte qui lui a donné naissance est devenu définitif[٧] وهذا تطبيق لمبدأ النشوء فى قطر أو إقليم معين jus soli كما يتصل المولود بجنسية البلد الذى ولد فيه (بند ١٠٦) ولكن تطبيق هذا المبدأ على الشركات غير سديد لانه من المحتمل أن يتعين هذا البلد بطريق الصدفة وقد يحصل النزاع على معنى تمام الاجراءات وهل هو امضاء العقد أو تسجيله أو الحصول على دكرتو أو غير ذلك من الاجراءات وقد تتخذ هذه النظرية شكلا آخر فيقال ان جنسية الشركة تتحدد بالبلد الذى نشأت فيه الشركة pays où elle se constitue ويكون الغرض البلد الذى حصلت فيه على الترخيص بوجودها أو على تسجيلها طبقاً لمقتضيات القانون الانجليزى مثلا ولكن الاعتراض على ذلك هو ما قدمنا من أن الالتجاء الى هذا البلد قد يكون عرضياً وقد يكون لمجرد الخروج من حكم القانون الذى يجب أن يحكمها[٨]

٤ : جنسية ميدان العمل

النظرية الرابعة : تمنح للشخص المعنوى جنسية البلد الذى يكون فيه ميدان عمله ou s'exerce son activité[٩] وهذه النظرية مفيدة من الوجهة العملية لانها لا تجعل الشخصية خاضعة لشخصية المؤسسين ولا تجعلها خاضعة لتقدير المحاكم وانما تربط الشخصية بقيد مادى هو محل عمل الشخص المعنوى فكل الاشخاص المعنوية التى تجعل فرنسا مثلا محلا لعملها يجب أن تعتبر فرنسية ولكن عيب هذه

---

(٧) فيور ص ٦٣٨ نقلا عن أرمانچون ص ٣٨٨ المحل المتقدم فى حاشية ١ هنا

(٨) نارن ڤاليرى ص ١٢٥٦ — ١٢٥٧ وراجع ما سيأتى فى بند ٢٦٧ بخصوص الشركات الانجليزية التى الغتها المحاكم المختلطة رغم صحة تكوينها طبقاً للقانون الانجليزى حيث سجلت طبقا لمقتضياته

(٩) ليون كان ورينو فى الشركات جزء ٢ نمرة ١١٦٧ وڤايس ٢ ص ٤٨٠ وهذه النظرية مفيدة لفرنسا مثلا حيث تجعل جميع الشركات التى تشتغل فيها فرنسية ولكن ماذا عسى أن تكون جنسية الشركات التى تكونت فى فرنسا والتى تشتغل فى الخارج وفى بلاد مختلفة؟

النظرية أنها تخلط بين تكوين الشركة و بين ميدان العمل وأن هذا يصح أن يكون فى بلاد مختلفة أو فى جميع بلاد العالم مثال ذلك شركة عربات النوم الدولية وشركات الملاحة التى تشتغل فى جميع أنحاء العالم

٥ : ترك التقدير للمحكمة — النظرية الخامسة : تقضى بترك الامر لتقدير المحكمة نظراً لكونه مسألة مادية متعلقة بالوقائع فتقدر المحكمة ما هى جنسيتها بحسب الظروف مستندة الى محل تكوين الشركة ومركزها ومحل ادارتها أو أعمالها والبلد الذى جمع فيه رأس مالها ومجموع هذه الامور أو أغلبها مع مراعاة طبيعة كل شركة ومراعاة عدم استعمال الغش لنسبة جنسية معينة الى الشركة لم تكن جنسيتها الحقيقية [١٠] وعيب هذه النظرية أنها لا تخرج من الشك الى اليقين فى مادة يجب فيها التدقيق وان كانت مراعاة الظروف المذكورة من المسائل التى تجعل القاضى ينقاد الى الحكم الصحيح فى أغلب الأحوال

٦ : نظرية المركز الرئيسى — النظرية السادسة : وهى فى نظرنا النظرية الصحيحة تقضى بأن تكون جنسية الشخص المعنوى هى جنسية البلد الذى به مركزه الرئيسى أو مركزه الادارى siège social أو siège administratif دون مركز أعماله centre d'exploitation وقد يجمع المركزين لفظ المركز الاصلى principal établissement ولكن بناء الجنسية على مركز الاعمال قد سبق نبذه فى النظرية الرابعة فلم يبق الا الاعتداد بالمركز الادارى أو كما يسميه القانون المصرى مركز الشركة الاصلى principal siège social (٤١/٤٧ تجارى) [١١]

---

(١٠) دسپانيه بند ٥١ ص ١٦٨

(١١) يرى المسيو أرمانجون أنه يجوز لمؤسسى الشركة أن يختاروا لها أحد قانونين: اما قانون البلد الذى يكون فيه ميدان عملها واما قانون البلد الذى يكون فيه مركزها الادارى وتكون القاعدة فى نظره هى هذا القانون الاخير الا اذا اختاروا الاول (راجع مقالته عن الاشخاص المعنوية المشار اليها فى حاشية ١ هنا وص ٢٤—٢٦ من الطبعة المستقلة وكتابه فى الاجانب وأصحاب الحمايات ص ٢٠٠) ولكن هذا الرأى منقوض بالرد على النظرية الرابعة والمحاكم المصرية قد رفضته ضمناً كما سيتضح من بند ٣٦٧

بيان النظرية الصحيحة

ولتفسير ذلك نقول نقلا عن الاستاذ فاليرى[١٢] انه كلما تأسست se fonde شركة أو جمعية أو أى مجتمع آخر من الاشخاص أو مجموعة من الاموال فالترتيب الطبيعى يوجب عليها أولا أن تبرز الى عالم الوجود xister ، ثم بعد ذلك يمكنها أن تشرع فى الاعمال التى جعلتها من أغراضها . فاذا ما كوّنت شركة فى باريس مثلا لاستثمار منجم فى بلاد الروسيا أو سكة حديدية فى بلاد الصين أو لانشاء ميناء فى البرازيل فانها قبل أن تبدأ أى أمر فى هذه البلاد التى ستكون ميدان العمل بالنسبة اليها يجب عليها قبل كل شىء أن تضع الأساس الذى تقوم عليه الشركة : يلزمها من أول لحظة أن يكون لها جنسية معينة يحكمها قانونها كما يجب أن يكون للمولود جنسية معينة من وقت ولادته لتتعين حقوقه وواجباته بمقتضى قانونها . وهذه الجنسية هى جنسية البلد الذى تجعل فيه الشركة مركزها والذى يكون فيه محل ادارتها الرئيسية . لأن من هذا المركز تصدر أوامرها لعمالها أو وكلائها وفى هذا المركز توجد خزائن أموالها وفيه انشاء دفاتر حساباتها و بالاختصار يكون هذا البلد محلا لمركزها الاصلى principal siège social ولا وجه للنظر فى خضوعها لجنسية البلد الذى سيكون فيه ميدان عملها مثل الروسيا أو الصين أو البرازيل لأن هذا أمر حادث بعد تكوينها وقد يكون عرضياً وقد يكون عملها فى بلاد مختلفة فلا محل للبحث فى اخضاعها لجنسيات تلك البلاد المختلفة

استبعاد حالة الغش

غير أنه يجب من أجل القول بجنسية مركز الشركة الاصلى أن يكون هذا المركز حقيقياً أى أن يكون وجوده أمراً واقعاً مطابقاً للحقيقة لا مختاراً بطريق الغش لمجرد الوصول الى عدم الخضوع لقانون الجهة التى تأسست فيها الشركة بالفعل والتى كان يجب أن يوجد فيها المركز الأصلى ولكنه لم يوجد نظراً لكون المؤسسين أرادوا أن يخرجوا عن حكم قانونها الى حكم قانون جهة أخرى قد يكون أخف قيوداً وأسهل أحكاماً

---

(١٢) فاليرى ص ٤٤٣ — ٤٤٧ وص ١٢٥٩ — ١٢٦١

وهذه النظرية هى التى أخذ بها المشرع المصرى فى المادة ٤١ / ٤٧ تجارى والتى أخذت بها المحاكم المختلطة للتمييز بين الشركات التى يجب أن تخضع للقانون المصرى والشركات الاجنبيـة التى لا تخضع لحكمه (بند ٣٦٧)

وفى تطبيق هذه النظرية محل للبحث عن حقيقة الحال وتطبيق نظرية الغش نحو القانون Fraude à la Loi التى سبقت الاشارة اليها فى بند ١٣٥ ، عند اللزوم ؛ ويظهر الغش هنا من اختيار الشركاء أو الاعضاء لمركز الشركة فى بلد معين غير البـلد الذى أسست فيه بالفعل والذى كان يجب أن يوجد فيه مركز ادارتها ويكون ذلك الاختيار لمجرد الحصول على منفعة خاصة من قانون البلد الذى اختاروه حتى يسهل انشاء الشركة أو يسهل عملهـا أو حلها وتصفيتها عند اللزوم طبقاً لهذا القانون دون قانون البلد الآخر

ملاحظة شكلية

٣٦٥ — هذا ومنعاً للتكرار فى الفصل الثـانى المختص بالعلائق التجارية سنتكلم هنا عن الاشخاص المعنوية الخاضعة للقانون المدنى والخاضعة للقانون التجارى ونجمع بينهما هنا و بذلك لا يتجزأ الموضوع وتكون الفائدة كاملة خصوصاً لأنه ليس ثمت من نصوص مدنية فى الموضوع

النصوص المصرية

٣٦٦ — المادة الوحيدة التى تتكلم على موضوع الاشخاص المعنوية فى القانون المصرى هى المادة ٤١ / ٤٧ من القـانون التجارى ولا يوجد فى القانون أحكام وارشادات أخرى غيرها . واذا كانت المادة التاسعة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة المعـدلة بدكرتو ٢٥ مارس ١٩٠٠ تنص على أن مجلس بلدى الاسكندرية يكون فى علائقه مع الاهالى غير خاضع لاختصاص المحاكم المختلطة فان الغرض الوحيد من هذه المادة هو منع المحاكم المختلطة من تطبيق نظرية الصالح المختلط Théorie de l'intérêt mixte على هذا المجلس و بالتالى اعتباره مصلحة وطنية فى قضاياه مع الاهالى كما هى الحال فى مصالح الحـكومة الأخرى رغماً من كون أعضائه من جنسيات مختلفة ومن كـونه يمثل مصالح المدينة وفيها الاهالى

والاجانب على السواء [1]

القانون الاهلى والمادة ٤١ من القانون التجارى الاهلى انما تسرى على الشركات التى تؤسس فى مصر من مصريين فقط . فاذا تأسست الشركة من مصريين وأجانب فانها تكون خاضعة للقانون المختلط والمحاكم المختلطة طبقاً للقواعد العامة المعتبرة فى التمييز بين ميدان تطبيق القانونين الاهلى والمختلط [2] فاذا نشأت الشركة صحيحة طبقاً للقانون الاهلى فلا أهمية لما يحدث بعد ذلك فى حياتها من انتقال أسهمها الى أيد أجنبية أو انتقال ادارتها الى أيد أجنبية وتظل خاضعة للقانون الاهلى طول حياتها وذلك لا يمنع من أن يصبح الاختصاص فى شؤونها من أمر المحاكم المختلطة اذا وجد للاجانب مصلحة فيها ، ولكن الاختصاص أمر والقانون أمر آخر ويكون مثلها كمثل الفرد المصرى الذى يقاضى أمام المحاكم المختلطة بسبب علاقته مع الاجانب [3] وسيأتى تقرير مبدأ عدم امكان تغيير جنسية الشركة أو القانون الذى نشأت عليه فى بند ٣٦٧ مكرراً بالنسبة للشركات الاجنبية التى تنقل مركز ادارتها وميدان عملها الى مصر ، طبقاً لأحكام القضاء المختلط فى الموضوع والسبب فى ذلك هو استقلال شخصية الشركة عن شخصية الشركاء والمثل الحى على شركة مصرية خالية عن العناصر الاجنبية بمقتضى نظام تكوينها هو شركة المساهمة المعروفة باسم « بنك مصر »

القانون المختلط وتنص المادة ٤٧ من القانون التجارى المختلط على أن « جميع شركات المساهمة التى تؤسس qui se fonderont بالقطر المصرى يجب أن تكون مصرية

---

[٣٦٦] (١) راجع فى النظرية كتابنا المرافعات بند ٢٨٤ — ٢٨٩ وخصوصا ٢٨٦ و٢٨٧

(٢) راجع المرافعات بند ٢٨٥

(٣) راجع نص النظرية فى المرافعات بند ٢٨٤ وحكم س م ٢١ يونيه ١٨٩٤ مج ت م ٦ ص ٣٢٠ فى قضية يوسف زاده ضد شركة مياه القاهرة وهى شركة مصرية حيث قرر « ان المنازعات التى تحصل بين شركات المساهمة حتى المصرية منها وبين أى شخص آخر حتى لو كان مصريا هى من اختصاص المحاكم المختلطة لان هذه الشركات التى يكون مساهموها أو يصح ان يكون مساهموها من جنسيات أجنبية مختلفة تمثل مصالح مختلطة وهذه المصالح قد عهد الى المحاكم المختلطة بالمحافظة عليها

seront toutes de nationalité égyptienne وأن يكون مركزها الاصلي devront y avoir leur principal siège social بالقطر المذكور »

محل تطبيق المادة

وظاهر ان المادة لا تعني غير شركات المساهمة التي « تؤسس » في القطر وهي تجعلها جميعاً من جنسية مصرية أي خاضعة للقانون المصري وللمحاكم المصرية واذ كانت كلها تقريباً تشتمل على عنصر أجنبي في تكوينها فانها تكون خاضعة للقوانين والمحاكم المختلطة حتى في الاحوال التي يكون فيها عنصر مصري وحتى في الاحوال التي يكون فيها جميع الاعضاء والمؤسسين أجانب من جنسية واحدة فانها تعتبر مصرية الجنسية خاضعة للقوانين والمحاكم المختلطة ويكفي أن تؤسس الشركة في مصر حتى تكون مصرية الجنسية

ولكن المادة لا تسري على الشركات التي لا تؤسس في مصر ولا تسري على الشركات التي ليست شركات مساهمة فلا تطبق على شركات التوصية en commandite ولا شركات التضامن en nom collectif ولا على الشركات المدنية التي لا تتخذ الشكل التجاري « بالمساهمة »[٤] ولا على الجمعيات التي ليس لها غاية في الربح بل تتوخى أغراضاً أدبية أو سياسية مثل الجمعيات الخيرية والعلمية وجمعيات التبشير بالدين المسيحي التي جعلت الشرق ميداناً لنشاطها . هذا وسنتكلم أولا عن شركات المساهمة ثم ننتقل الى غيرها

---

(٤) ليست كل شركة مساهمة شركة تجارية اذ الصفة التجارية أو المدنية انما تكون بحسب الغرض من الشركة كما هو مبين في عقدها لا بحسب الشكل فالشركة التي غرضها استثمار منجم تكون مدنية وان اتخذت الشكل التجاري بان كونت نفسها في شكل شركة مساهمة — س م ١٤ يونيه ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٣٦٣ وكذلك الشركة التي غرضها استغلال عقارات تعتبر مدنية : س م ٤ فبراير ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ١٩٥ ولا عبرة باستنتاج صفة الشركة التجارية من مجرد دخولها في بعض أعمال تجارية اذا لم يكن غرضها الاساسي الاتجار اذ العبرة هي بما هو مدون في عقدها : س م ٢٦ مارس ١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ٢٦٣

المطلب الأول — شركات المساهمة

٣٦٧ — يدخل تحت عنوان شركات المساهمة جميع الشركات المعروفة في القانون الفرنسي ونحوه باسم شركات المساهمة sociétés anonymes وجميع الشركات المعروفة في القانون الانجليزي باسم الشركات محدودة المسؤولية Joint-stock or Limited Liability Companies التي يرمز لها بلفظ Limited أو .Ltd وجميع الشركات المعروفة في القانون الالماني باسم شركات الاسهم Aktiengesellschafts التي يرمز لها بحرف .A. G ونحوها

فاذا تأسست شركة من مثل الشركات المذكورة في مصر فيجب عليها حتما أن تتبع القانون المصري من حيث الشروط التي يتطلبها لتكوينها ولاستصدار مرسوم من جلالة ملك مصر مصدق على الشروط المندرجة في عقد الشركة ومرخص بتشكيلها ويجب اجراء الاعلان والنشر اللازم عنها في مصر طبقاً للقانون [1] كما يجب عليها أن تجعل مركزها الاصلي في القطر المصري

فاذا لم تتبع الشركة التي تأسست في مصر نصوص القانون المصري في كل ما تقدم فانها تعتبر باطلة في نظر القانون المصري والمحاكم المصرية حتى لو كانت قد أنشئت أو حصلت على ترخيص أصولي طبقاً لقانون بلد آخر كقانون انجلترا مثلا فسجلت طبقاً لمقتضيات ذلك القانون وذلك لأن صحة انشاء الشركة طبقاً للقانون الانجليزي وكونها تعتبر صحيحة أمام المحاكم الانجليزية ليس لها أدنى تأثير في نظر

---

[٢٦٧] (١) جرت العادة بان يذكر في المرسوم الالفاظ الآتية : رخص لفلان وفلان . . . ان يؤسسوا على ذمتهم وتحت مسؤولتهم في القطر المصري شركة مساهمة تدعى . . . بحيث لا يترتب على هذا الترخيص أدنى مسؤولية تعود في اية حال من الاحوال على الحكومة وبشرط ان يتبع المذكورون في ذلك قوانين البلاد وعاداتها ونصوص النظام المرفقة نسخة منه بهذا المرسوم موقعا عليها منهم ولا يترتب على اعطاء هذه الرخصة أدنى مسؤولية أو احتكار أو امتياز من الحكومة أو عليها ، وعلى وزير المالية تنفيذ هذا المرسوم . ويحصل النشر اللازم في الجريدة الرسمية على مصاريف الشركة

القانون المصرى متى كانت الشركة قد تأسست فعلا فى مصر ولم تقم بمقتضيات القانون المصرى وتستحصل على مرسوم من جلالة ملك مصر ليقر وجودها

قضية هامة

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا الموضوع فى قضية هامة متعلقة بشركة انجليزية تسمى شركة الاراضى المدنية والزراعيـة المصرية City and Agricultural Lands of Egypt Company Limited أن جنسية الكائنات المعنوية ليست مما يدخل فى ميدان الاتفاقات غير المقيد : ليس لشركة مساهمة ولا يمكن أن يكون لها جنسية غير التى تستنتج قانوناً من الظروف التى انشئت فيها وكل بيان أو اتفاق أو اجراء يخالف هذه القاعدة المعتبرة من النظام العام يكون باطلا قانوناً ولا يعمل به (٢)

ماهو التأسيس ؟

وقد بينت المحكمة فى القضية نفسها معنى كلة التأسيس الواردة فى المادة ٤٧ تجارى فقالت « تأسيس الشركة معناه تكوينها بواسطة الاجتماع للتوقيع على العقد المبين لقواعد وشروط ادارة اشغالها بقصد الحصول على الترخيص اللازم و بواسطة الاكتتاب برأس المال ولا تعتبر الشركة موجودة كشركة مساهمة قبل صدور الامر العالى بانشائها ولكن المرسوم لا يؤسس الشركة وانما يؤسسها المؤسسون . واذا كان وضع قواعد وشروط ادارة أعمال الشركة والاكتتاب فى رأس المال وامضاء مشارطة الشركة وقانونها أو نظامها الخاص قد تم كله فى مصر وكان غرضها الاساسى هو الاستثمار فى مصر وكان مركزها وادارتها وأساس أعمالها قائماً فى مصر وجميع مصالحها متجمعة فيها فان هـذه الشركة يجب أن تعتبر فى مصر شركة مصرية وخاضعة للقانون المختلط واذا لم تكن قد حصلت على المرسوم اللازم لها فانها تعتبر باطلة وغير موجودة قانوناً ولا يمكن مطلقا ان تفلت من هذا الحكم بتمسكها بانها قد

---

(٢) س م ٢٩ ابريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢١ . كذلك حكم بأن شركة المساهمة الانجليزية التى ليس فيها من انجليزى سوى اسمها والتى لم تتبع القانون المصرى لكونها تأسست فى مصر هى شركة باطلة قانونا ولا وجود لها : س م ١٣ ابريل ١٩١٠ مج ت م ٢٢ ص ٢٥٧ (راجع حاشية ٦ فيما يلى)

سجلت عقدها فى بلد آخر غير مصر وتكون الحال كذلك حتى اذا ما انتقل الشركاء المؤسسون ليحرروا العقد فى الخارج [٣]

قضية أخرى — وكذلك حكمت فى ٢٩ مايو ١٩٠٩ ببطلان شركة أخرى كانت تسمى شركة تنمية حلوان Helouan Development Co. Ltd. واعتبرتها غير موجودة قانونا وعينت لها ثلاثة مصفين ليقوموا بتصفيتها بصفة قضائية وقد كانت الشركة شرعت فى تصفية اعمالها بصفة ودية طبقاً للقانون الانجليزى بعد مرور ثمانية عشر شهرا على وجودها فطلب أحد حملة الاسهم الانجليز من قاضى قنصليته ان يمنع المصفى المعين من قبل الشركه من تسليم ما بيده من الدفاتر والاموال فحكم له قاضى القنصلية بذلك بانيا حكمه على عدم اختصاص المحاكم المختلطة بالحكم ببطلان شركة انجليزية مسجلة طبقا للقانون الانجليزى و بذلك وجد خلاف حاد بين المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية [٤]

حاله الغش — وظاهر جدا أن فكرة الغش نحو القانون المصرى [٥] هى التى جعلت المؤسسين فى الحالتين السالفتين وامثالهما يفرون من اجراءاته و يحصلون باجراءات بسيطة على الجنسية الانجليزية لشركتهم ولكن المحاكم المصرية لا يمكنها ان تسمح بالافلات من من حكم القانون المصرى فى الاقليم المصرى ذاته ولذلك فهى تحكم ببطلان الشركة وعدم وجودها فى نظر القانون المصرى رغم كونها تعتبر شركة صحيحة طبقاً للقانون الانجليزى (بند ٣٦٤) [٦]

---

(٣) س م ٢٩ ابريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢٢

(٤) راجع تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩١٠ ص ٢٠ ،، والجازيت ١ ص ٣٦ حيث نشر حكم قاضى القنصلية و ص ٦٥ حيث انتقدت الحكم وملاحظات المسيو ارمانجون على الموضوع فى مقالة له فى مصر المصرية علقت عليها الجازيت ١ ص ٩٧ — ٩٩

(٥) راجع رأينا فى نظرية الغش نحو القانون فى بند ٣٩٢

(٦) ذكر المستشار القضائى فى تقريره عن سنة ١٩١٠ ص ٢٠ ،، حقائق فى غاية الاهمية عن موضوع الشركات فى مصر من ذلك قوله عن انشاء الشركات فى مصر بطريق الغش « انه فى عصر الرخاء العظيم أو عصر المضاربات فى سنة ١٩٠٥ وما بعدها انشئت فى

حالة الشركات الباطلة

ويجب ان يلاحظ ان الشركات الباطلة لعدم تشكيلها طبقاً للقانون المصرى تعتبر باقية بالفعل من أجل تصفيتها وان البطلان ليس له من أثر سوى جلب التصفية بدون ان يترتب عليه المساس بالاعمال التى تمت أو تتم من وقت اشتغال الشركة من بدء عملها الى يوم الحكم ببطلانها [٧] وان بطلان الشركة لايمنع من مطالبة المكتتبين بدفع باقى ثمن ما اكتتبوا به وفاءً لديون دائنى الشركة [٨]

الشركات التى لم تؤسس فى مصر

٣٦٧ مكرراً — الشركات التى لم تؤسس فى مصر : هذه لا تلزم بالخضوع للقانون المصرى اذا ما ارادت ان تشتغل فى مصر اذ يكفيها أن تكون قد اتبعت

مصر شركات عديدة وكان من اشهر الطرق التى يتخذها منشئوها لانتشار اسهمها طريقة « حصص التأسيس » فكان بعض ذوى الاغراض يشيع ان الشركة المراد تأسيسها لها مستقبل باهر عديم النظير وان حصص التأسيس لا تلبث ان تبلغ فيها قيمة عالية فيقبل الناس على الاكتتاب وكان منشئو الشركة يحفظون لانفسهم طبعاً كل حصص التأسيس ولا يعطون منها المكتتبين الا قليلا بنسبة ما يكتتبون به وفى اثناء ذلك يكون القائمون بالشركة قد « تخلصوا » من حصص التأسيس التى لديهم بأثمان عالية فيصبحون ولا يعنيهم من أمر الشركة شيء لانهم لم يصرفوا فى سبيلها درهما ولم يعد يهمهم أنجحت أم خابت ، واذ انصرفت عن الشركة عناية منشئيها أخذت فى الحال قيمة اسهمها فى النزول وكسدت لان حصص التأسيس وهى التى أغرت الجمهور فى الاقبال على ابتياع الاسهم واصبحت لاتباع ولا تشرى وأولئك يتمتعون بما كسبوا . ويقال أن بعض مهرة الماليين فى هذه البلاد تمكن بهذه الوسيلة من انشاء أربع شركات فى نصف شهر وربح من وراء كل منها ربحا كبيرا . . . بعد ذلك وضع قرار مجلس النظار فى ٣ يونيه ١٩٠٦ بأن لا يرخص بتشكيل الشركات فى المستقبل اذا كان من نظاماتها ايجاد حصص تأسيس بها ما لم يكن الغرض من هذه الحصص مكافأة من يقدم للشركة اختراعا أو امتيازا من الحكومة مما لا تقدر قيمته بمال . . . عمدت الحكومة الى عدم الترخيص بانشاء الشركات اذا كان من ورائه مايخشى منه على اموال المكتتبين الذين يصدقون كل مايقال . ولكن هذا الاحتياط لم يؤثر فى الشركات التى شكلت فى البلاد الاجنبية طبقا لقوانين تلك البلاد خصوصا فى انجلترا حيث وجدوا من سهولة قوانينها فى مواد الشركات ما يعينهم على تنفيذ اغراضهم فاصبحنا نرى شركات جل اعمالها بل كلها فى مصر تؤسس على نظام شركات المساهمة الانجليزية . . . وليس فى انجلترا غير مكتب وكاتب . . . ضج المساهمون فطلبوا من المحاكم الحكم بالغاء هذه الشركات عند ماطلب منهم دفع المتأخر من رأس المال . . . .

(٧) س م ٢٧ يناير ١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ١٤٦

(٨) س م ١٥ مايو ١٩١٢ مج ت م ٢٤ ص ٣٤١ و س م ٢٦ مارس ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ٢٩٦ و س م ٢٦ مايو ١٩١٥ مج ت م ٢٧ ص ٣٥١

ما يمليه عليها قانون البلد الذى تأسست فيه [1] والمراد بالتأسيس ما مر بحسب أحكام المحاكم المختلطة الواردة فى البند السابق

ما هو المركز الاصلى ؟

والشركات التى تؤسس فى الخارج تتخذ مركزها الاصلى فى الخارج وتعتبر أجنبية ويجب أن تتبع القانون الذى تأسست تحت سلطانه وهو قانون مركزها الاصلى وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن المركز الاصلى هو المحل الذى توجد فيه هيئات الشركة الاساسية (رئيسها ومجالس ادارتها وجمعيتها العمومية ونحو ذلك) وفيه حياتها القانونية ومنه مصدر الادارة والمراقبة وبالاختصار هو محل ادارة الشركة الرئيسية Head office أو lieu de son administration sociale [2]

حقوق الشركات الاجنبية

وقد حكمت هذه المحاكم بأن من حق كل شركة مساهمة أجنبية حقيقة أن يعترف بها فى مصر بصفتها شخصاً معنوياً يصح له التقاضى أمام المحاكم المصرية ويصح له أن يشتغل بالتجارة والصناعة فى مصر سواء بطريق مباشر أو بواسطة فروع يفتحها فى مصر [3] كذلك حكم بأن مجرد وجود ميدان حركة الشركة ودائرة أعمالها فى مصر لا يجعل الشركة مصرية الجنسية ما دامت انها قد أسست فى الخارج وخصوصاً اذا حصل تأسيسها من أشخاص من جنسية أجنبية واحدة وبشكل من الاشكال غير المعتبرة فى القانون المصرى [4] (ولكن هذا ليس شرطاً)

نتائج الجنسية الاجنبية

ويتفرع عن كون الشركة أجنبية ذات جنسية معينة أنها لا تخضع لاختصاص المحاكم المختلطة فى القضايا الحاصلة بينها وبين من كان من جنسيتها الاجنبية فى غير المواد العقارية طبقاً للمادة ٩ ل ت م م ولذلك حكمت بعض المحاكم بأن الشركة

---

(١) ولكن يجب حتما أن تكون قد اتبعت هذا القانون باعتباره قانون جنسيتها ومتى اتبعته كانت محكومة بمقتضاه فى كل ما يتعلق بتكوينها واسمها وشروط صحتها — س م ١٥ يناير ١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ١٣١

(٢) س م ٢٩ ابريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢٢ و س م ١٥ يناير ١٩١٣ مج ت م ١٥ ص ١٣١

(٣) س م ٢٩ ابريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢٢

(٤) س م ١٢ ديسمبر ١٨٩٥ مج ت م ٨ ص ٤١

الأجنبية المكونة تكويناً صحيحاً طبقاً لقانون بلادها لا تفقد جنسيتها الاجنبية التى أصبح لها فيها حق مكتسب ولا تصبح خاضعة لاختصاص المحاكم المختلطة فى المنازعات الحاصلة بينهما و بين من كان على جنسيتها لمجرد وجود مساهمين أو مديرين من جنسيات أخرى فيها (٥) ومع ذلك فاذا كانت الشركة الأجنبية مشتملة على عنصر مصرى فى تشكيلها وفى ادارتها — كما هى الحال فى شركة مياه الاسكندرية وهى شركة انجليزية مشكلة طبقاً للقانون الانجليزى وتحمل فى آخر اسمها لفظ لميتد Alexandria Water Cy. Ltd. — أو كان لها مركز « فى مصر » فانها تعتبر من حيث اختصاص المحاكم المختلطة ممثلة لمصالح مختلطة وتخضع لهذه المحاكم حتى فى علاقتها مع من هم من جنسيتها الاجنبية (٦) و يلاحظ أن الحكومة المصرية كثيراً ما تشترط اختصاص المحاكم المصرية عند ما تمنح الشركات امتيازاً خاصاً كما حصل مع شركة مياه الاسكندرية فانها اشترطت معها أن تخضع لاختصاص المحاكم المختلطة فى كل ما يتعلق بالمنازعات التى تحصل بخصوص تفسير عقد الامتياز وتنفيذه وفى كل صلات الشركة وعقودها واتفاقاتها مع الجمهور وفى كل ما يتعلق بالمنازعات الاخرى حتى التى يكون للحكومة شأن فيها

عدم تغيير جنسية الشركة

هذا وكما يستمر الانسان خاضعاً لقانون أحواله الشخصية كذلك تستمر الشركة خاضعة للقانون الذى نشأت عليه حتى لو تغيرت الظروف التى انشئت فيها أى حتى

---

(٥) حكم محكمة التجارة باسكندرية فى ١٧ يونيه ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٩٤ ولا محل هنا للتمسك بنظرية الصالح المختلط لان العبرة قبل كل شىء هى بجنسية الشركة التى تختلف عن جنسية المساهمين والمديرين

(٦) راجع س م ١١ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٦ قضية شركة البواخر الخديويه (وهى انجليزية) ضد شركة مياه الاسكندريه (وهى انجليزية ايضا) حكم فيها فى أول درجة بعدم الاختصاص من تلقاء نفس المحكمة وفى الاستئناف الغى الحكم الابتدائى وتقررت المبادئ المذكورة اعتماداً على مداولات اللجنة الدولية فى سنة ١٨٨٤ حيث تقرر اختصاص المحاكم المختلطة كلما كان للشركة الاجنبية مركز فى مصر un siège en Egypte وذلك فضلا عن الاتفاق الصريح المذكور فى عقد امتياز شركة المياه ولهذه الشركة مركز ادارى فى اسكندرية تجتمع فية كافة هيئات الشركة والحكومة ممثلة فيه قانونا — راجع الحكم

لو تغيرت جنسيات حملة أسهمها ولو تغير مركز اعمالها أو ميدان اشغالها ولو اضطرت الى تغيير محل ادارتها أى مركزها الاصلى siège social و بذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة و بينت أن القوانين المصرية لا تتطلب أية اجراءات تتخذ من جانب الشركات التى لم تؤسس فى مصر فلا هى ملزمة بأخذ تصريح بالعمل فى مصر ولا هى مضطرة الى نشر شيء عن قانونها كما هى الحال بالنسبة للشركات التى تؤسس فى مصر . ومسائل النشر هذه لا تعتبر متعلقة بالنظام العام فلا تتطلب من جانب الشركات التى تتخذ مصر ميداناً لعملها فتلزم بالنشر سواء أسست فى مصر أم لم تؤسس فيها وقد تقررت هذه المبادئ المهمة فى قضية بنك روما ضد شركة رودوكاناكى ورينولدز ليمتد .Rodocanachi Raynolds Cy. Ltd وكان المطلوب الحكم على المؤسسين شخصياً فحكمت المحكمة بعدم ملزوميتهم بأكثر مما لهم فى الشركة من الاموال بناء على قانون تكوين الشركة وهو القانون الانجليزى خصوصاً وان عدم الملزومية ظاهر من استعمال لفظ « ليمتد » فى اسم الشركة[(٧)]

وتقرير هذا المبدأ يغنينا عن البحث النظرى فى هل يصح أو لا يصح لشركة من الشركات أن تغير جنسيتها اذ الجواب ظاهر من المبدأ المذكور وهو عدم جواز تغيير الجنسية الا اذا نفضت الشركة جنسيتها الاولى بانحلالها ثم بتكوينها من جديد طبقاً لما يقضى به قانون الجنسية الجديدة وكل ما يهمنا هو البحث فى هل تأسست الشركة فى مصر ؟ فاذا كان كذلك فهى شركة مصرية ويجب أن تستصدر مرسوماً من جلالة ملك مصر والا فهى باطلة[(٨)] فاذا لم تؤسس فى مصر فهى أجنبية وقانونها

---

(٧) س م ١٥ يناير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٧٠ نمرة ١٣٢ مج ت م ٢٥ ص ١٣١

(٨) قارن س م ٢٣ فبراير ١٩١٠ مج ت م ٢٢ ص ١٥٤ حيث قرر ان الشركة الاجنبية التى لها محل تجارى فى مصر وأرادت ان تحوله الى شركة مساهمة لها شخصية مستقلة عن شخصية الشركة الاصلية لا يمكنها ان تفعل ذلك الا باتخاذ الاجراءات التى يوجبها القانون المصرى (وفى الواقع ارادت الشركة ان تكون لها شركة اخرى وليدتها فى مصر filiale راجع حاشية ٣ بند ٣٦٤) فكان يجب ان تستصدر أمرا بذلك من خديوى مصر (جلالة الملك الان) وما لم تستحصل على الدكرتو فهى باطلة بصفتها شركة قانونية وبذلك تكون الشركة الاصلية الاجنبية مسؤولة عن جميع اعمال المحل المذكور بصفته فرعا عنها

هو القانون الذى تأسست تحت سلطانه واتخذت مركزها الاصلى فى دائرة اختصاصه وتظل الشركه حافظة لجنسيتها الاجنبية المستمدة من ذلك القانون حتى لو نقلت كل شيء يخصها الى مصر فلا هى ملزمة حينئذ باستصدار مرسوم مصرى ولا هى مكلفة بالنشر فى مصر اذ هى تحمل معها الى مصر قانون حالتها الشخصية طبقاً للمادة ١٩٠ م م [٩] وفى حالة الشركات الانجليزية تكون حالتها الشخصية ظاهرة من لفظ « ليمتد » الذى يوضع عقب اسم الشركة [١٠] . وقد انتقد المسيو ڤركامر المستشار بمحكمة الاستئناف المختلطة سابقاً هذا الرأى فى نشرة صدرت فى بروسل سنة ١٩١٣ بعنوان « الشركات التجارية المكونة فى الخارج » ولكن الجازيت قد ردت على نقده بما لا ضرورة لايضاحه هنا حيث قد شملته أبحاثنا المتقدمة [١١]

---

(٩) قالت المحكمة فى هذه القضية ان للشركات أو الاشخاص المعنوية حالة شخصية مثل ما للافراد وهذا صحيح ولكن يلاحظ اختلاف الظروف بين الانسان وبين الشخص المعنوى وتأثير هذا الاختلاف فى مصر اذ لو انعدم الاختلاف لكان البت فى مسائل وجود الشركات وصحتها من اختصاص المحاكم القنصلية أو الشرعية وكان مجرد تسجيل الشركة فى انجلترا وهو ما يكسبها الجنسية الانجليزية مانعا من ان تنظر المحاكم المصرية فى أمرها والعكس ثابت كما رأيناه فى بند ٣٦٧ والواقع ان الشركات أو الاشخاص المعنوية لا توجد كلها أو جلها الا بالتعاقد وصحة العقد الذى كان السبب فى وجودها متوقفة على مراعاة احكام القانون المصرى اذا كانت هذه الشركات مصرية فى الحقيقة وعلى مراعاة احكام القوانين فى بلادها اذا كانت أجنبية . ومن الثابت على كل حال أن هذه المسائل فى نظر الشارع المصرى من مسائل العقود ولا دخل للاحوال الشخصية فيها ولهذا جعل الاحكام المختصة بالشركات التجارية الاهلية فى قانون التجارة الاهلى تفصل فيها المحاكم الاهلية طبقا للقوانين المدنية والتجارية ولم يجعلها من اختصاص قضاة المحاكم الشرعية أى قضاة الاحوال الشخصية — قارن تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩١٠ ص ٢٠ ،،

(١٠) يلاحظ ان القانون الانجليزى يجيز وضع اسماء الاشخاص الاساسيين فى المساهمة وهذا ما نراه كثيرا فى اسماء الشركات الانجليزية مثل ووكر وميمراكى ليمتد وسليم وسمعان صدناوى وشركاهم ليمتد وغيرها خلافا للقانون المصرى مادة ٣٢ / ٣٨ و ٣٣ / ٣٩ تجارى — راجع حكم التجارة المختلطة باسكندرية فى أول اغسطس ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٥ حيث حكمت بان افلاس شركة انجليزية ليمتد لا يستلزم الحكم بافلاس من تظهر اسماؤهم فى اسم الشركة لان ذلك جائز طبقا للقانون الانجليزى وراجع أيضا س م ١٥ يناير ١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ١٣١

(١١) نقد الجازيت عليها فى السنة الثالثة ص ١٣٢ — ١٣٣ وراجع نقدنا المتقدم فى بند ٣٦٤ ص ٤٤٥

المطلب الثانى — الشركات الأخرى والجمعيات

٣٦٨ — لا شك فى أن الشركات التجارية الاخرى وهى شركات التضامن وشركات التوصية وكذلك الشركات المدنية [(١)] والجمعيات بسائر أنواعها تتمتع بالشخصية المعنوية بحسب أحكام المحاكم المصرية الآن [(٢)] رغماً من عدم وجود نص على ذلك فى القوانين المصرية كذلك ليس من نص يصح الرجوع اليه لمعرفة جنسية هذه الهيئات المختلفة

التأسيس فى الخارج

ونحن نرى شخصياً وجوب التمييز أولا بين الهيئات التى يكون مركز ادارتها فى مصر و بين التى يكون مركز ادارتها فى الخارج . فاذا كانت الحالة الأخيرة ولم تكن الهيئة قد أسست فى مصر فتكون جنسيتها أجنبية وتكون خاضعة للقانون الاجنبى الذى تأسست تحت سلطانه

التأسيس فى مصر

أما اذا كانت الهيئة قد تكونت فى مصر أو كان مركز ادارتها فى مصر فلابد من التفصيل الآتى : —

١ : اتحاد جنسية الشركاء

اذا كان المؤسسون من جنسية أجنبية واحدة أو كانوا جميعاً مصريين فتكون

---

[٣٦٨] (١) س م ١٣ فبراير ١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ١٧٨ بخصوص الشركات المدنية التى لها أموال خاصة موقوفة على أعمالها بصفتها شركه

(٢) راجع كتابنا فى المرافعات بند ٤٢٣ ص ٣٣١ حيث ذكرنا الاشخاص المدنيين على العموم فى مصر وهم ولى الامر أى صاحب الجلالة الملك ويمثله أمام المحاكم ناظر الخاصة الملكية ونقابتا المحامين المختلطة والاهلية ويمثل كلا منها مجلس النقابة ودائنوا المفلس ويمثلهم فى التفليسة وكيل الدائنين أو السنديك والشركات التجارية (الا شركات المحاصة) ويمثلها رئيس الشركة أو مديرها والشركات المدنية ذات الشكل التجارى والشركات المدنية المعتادة والجمعيات الخيرية كالجمعية الخيرية الاسلامية وجمعية العروة الوثقى والجمعيات الفنية والعلمية والتعاونية بحسب ما قررته المحاكم المختلطة والاهلية فيمثلها مجلس ادارتها أو من يعينه قانونها والاوقاف الاهلية فيمثلها ناظر الوقف وقد صدرت مراسيم سلطانية بتكوين وتنظيم الجمعية السلطانية للاقتصاد السياسى والتشريع والاحصاء والجمعية الجغرافية السلطانية وغيرها وقد صدر قانون خاص نمرة ٢٧ لسنة ١٩٢٣ فى ٥ يوليه يقرر لشركات التعاون الزراعية المصرية المكونة طبقاً لاحكامه الشخصية المعنوية ويجيز لها قبول الهبة والوصية والانتفاع بالاوقاف المحبوسة لها ويجعلها خاضعة لقضاء المحاكم الاهلية

اختيار القانون المصرى جائز

للشركه جنسية أعضائها[٣] اللهم الا اذا كان المؤسسون الاجانب المتحدو الجنسية قد التجأوا الى شكل من أشكال الشركات المقررة فى القانون المصرى واتخذوه لشركتهم فيجب احترام ارادتهم فى هذه الحالة ويكون قانون الشركة هو القانون المختلط وهذا تطبيق خاص لمبدأ احترام ارادة المتعاقدين السابق شرحه فى بند ٢٥١ والآتى الكلام عليه فى بند ٣٩٥ ب[٤] وتقديساً لهذا المبدأ قد قررت المحاكم المختلطة أن أقلام تسجيل عقود الشركات فيها مفتوحة لجميع الشركات التى تؤسس فى مصر حتى يتسنى لكل من يهمهم أمر هذه الشركات ان يحصل على المعلومات اللازمة له[٥]

٢ : اختلاف الجنسية

أما اذا تكونت فى مصر من أشخاص من جنسيات مختلفة فانها تكون حتما مصرية الجنسية خاضعة للقوانين والمحاكم المختلطة فى كل ما يتعلق بتكوينها وشكلها وحقوقها وواجباتها و يطلق عليها فى العمل لفظ « مختلطة الجنسية » de nationalité mixte وهو لفظ غريب انما يراد به الخضوع للنظام المختلط[٦] وهذه الشركات يجب عليها أن تختار شكلا مقرراً فى القانون المصرى ويجب عليها أن تقوم بالنشر المطلوب بحسب هذا القانون ولذلك حكمت المحاكم المختلطة بأن المشرع المصرى لا يعترف الا بثلاثة أنواع من الشركات التجارية وهى شركات المساهمة والتضامن والتوصية (عدا شركات المحاصة التى ليس لها شخصية معنوية[٧]) فلا يجوز لهذه المحاكم ان تعترف بصحة شركة محدودة المسؤولية تستند الى القانون الالمانى الذى يجيز شكلا خاصا هو عبارة عن شركات توصية بدون تضامن من جانب الشركاء

(٣) س م أول مارس ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٣٨
(٤) قارن ارمانجون « الاجانب وأصحاب الحمايات » ص ٢٣٥
(٥) س م ١٢ يونيه ١٩٠٧ مج ت م ١٩ ص ٣٠٤
(٦) قارن س م ٢٧ يناير ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١١٥ وس م ٣٠ مايو ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٣١١ و س م ١٧ يونيه ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٤٥ نمرة ٣٧٣
(٧) قارن س ٢١ فبراير ١٩١٢ مج ١٣ ص ١٧٥

المديرين أو المذكورة اسماؤهم ضمن اسم الشركة وهى التى يمكن تسميتها comman-dite sans commandités أو بحسب القانون الالمانى Gesellschaft mit Beschraenker Haftung اذا كانت هذه الشركة قد تكونت فى مصر بين اشخاص مختلفى الجنسية اللهم الا اذا كان من الممكن ان تدخل تحت نوع من الانواع الثلاثة المتقدمة الذكر و بشرط ان تكون الاجراءات التى يتطلبها القانون المصرى للمحافظة على المصلحة العامة قد روعيت ومع اهمال شرط تحديد المسئولية بالنسبة لمن يسألون طبقا للقانون المصرى (٨) ذلك لانه اذا سمحت المحاكم بصحة شركة من هذا القبيل فانها تكون قد منحتها امتيازا يبلغ حد اللامسئولية لا تتمتع به الشركات المشكلة تشكيلا صحيحاً طبقاً للقانون المصرى وقد أكدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ من جديد فى قضية اخرى تختلف ظروفها عن القضية الاولى من حيث ان الشركة بعد ان شكلت نفسها طبقا للشكل الالمانى السابق ، وسجلت عقدها فى القنصلية الالمانية ، رجعت الى المحاكم المختلطة فسجلت عقدها فيها من جديد فاعتبرت المحاكم المختلطة الشركة مصرية صحيحة الشكل طبقا للقانون المختلط باعتبارها شركة تضامن أو توصية والغت شرط المسؤولية المحدودة لصالح الشركاء المديرين أو المذكور اسمهم ضمن اسم الشركة لكونه مخالفاً لنص المادة ٢٩ تجارى مختلط وما بعدها (٩)

---

(٨) س م ١٢ يونيه ١٩٠٧ مج ت م ١٩ ص ٣٠٤

(٩) س م ١٧ يونيه ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٤٥ نمرة ٣٧٣ مج ت م ٢٧ ص ٤١٩ وهذه الشركة كانت تسمى Stern frères G. M. B. H. والحروف رمز لنوع الشركة وهى الحروف الاولى من الكلمات الالمانية الاربعة المذكورة فى المتن هنا

الفصل الثالث

الصـــلات العائليـــة

والحقوق الشخصية الاخرى

الزواج — الطـلاق — البنوة الشرعية

المبحث الاول — الزواج

٣٦٩ — لم تتسع دوائر الخلاف فى موضوع من المواضيع القانونية بين قوانين العالم اتساعها فى موضوع الزواج . اختلفت فيه قوانين البلاد الاوروپية وعاداتها فيما بينها اختلافا كبيراً ؛ والخلاف أشد وأعظم بينها و بين قوانين الشرق وعلى الخصوص بينها و بين قانون المسلمين وهو الشريعة الاسلامية الغراء . حتى فى هذه الشريعة السمحاء الخلاف فى موضوع لزواج كبير بين أئمة المسلمين ؛ والتاريخ مفعم بالتطورات الغريبـة فى قوانين الزواج فى أوروبا وأمريكا ، بين قوانين دينية وكنيسية وعلمانية [1] والتشريع فى مادة الزواج قائم على قدم وساق فى جميع انحاء العالم تحت ضغط الحوادث وتغير الافـكار واسترداد النساء حقوقهن التى يطالبن بها كاملة ومساوية لحقوق الرجال

فمن اختلاف فى السن التى يصح فيها الزواج (ص ٤٣٦ ،،) الى اختلاف فى شروط القرابة المانعة منه وفى شروط الدين واللون وفى رضاء الوالدين ولأى

---

[٣٦٩] راجع فى الخلاف فى هذا الموضوع بين قوانين انجلترا وسكوتلندا . مثلا مقالة بديعة دبجها يراع الاستاذ برودى انيس المحامى فى انجلترا وسكوتلندا Brodie - Innes فى مجلة الالينواس القانونيه Illinois Law Review عدد ١ كتوبر — نوفمبر ١٩١٨ جزء ١٣ ص ١٨٣ — ١٩٩ بعنوان « بعض غرائب قانون الزواج الدولى Some Curiosities of International Marriage Law» وهى مكتوبة فى قالب أدبى عال

سن يطلب وفى الشكل الذى يعقد به أهو الشكل الرسمى أم العرفى وبأى علنية يحصل ؟ أأمام شهود أم باعلانات فى جهات معينة أم يجوز فى الخفاء ؟ وهل يصح أمام السلطات الدينية أم لا بد من حصوله أمام سلطة مدنيـة وهل يصح أمام القنصليات والسفارات وباى الشروط وهل يصح حل عقـدة الزواج أم لا يصح وباى الشروط ولاى الاسباب وباى الاجراءات يكون الحل وهل يصح زواج المطلقة ومتى ؟ وهل يصح الزواج من أخت المطلقة أو الميتة ؟ وهل يصح الجمع بين الزوجات ولاى حد وباى الشروط وما الذى يترتب على الزواج من الحقوق وخصوصاً فيما يتعلق باموال الزوجين وغير ذلك مما لا حصر له

وفوق ذلك فقد قطعت بعض القوانين شوطاً بعيداً فى اقرار حقوق الاولاد الطبيعيين Les enfants naturels وهم المرزوقون خارج النكاح الصحيح فشبهتهم بالاولاد الشرعيين وأقرت الصلة بينهم وبين آبائهـم من كثير من الوجوه وبعض القوانين يجيز للرجل والمرأة أن يصححا مركز أولادهما بالزواج بعد الولادة والبعض لا يجيز

هذا ورغما مما يحيط بالزواج المختلط من الغرابة أو النفور أو الحذر الذى يقابله به الشعور العام فى أغلب البلاد وكونه غير مرموق دائما بعين الاستحسان فان الناس قد انساقوا اليه بحكم الميل الى الغريب أو الى مدنية أرقى من مدنيتهم أو الى السهولة أو لمجرد الميل أو الطموح الى المال أو الجاه أو غير ذلك من المرغبات وذلك بالرغم من صعوبة عقد الزواج فى كثير من الاحوال بطريقة تكون مقبولة دوليا أى أمام محاكم البلاد المختلفة التى يمكن ان يرفع اليها النزاع بخصوص هذا النوع من الزواج

وفى اثناء الحرب العظمى ومن بعدها قد تزوج عدد عظيم من الجنود الاجنبية من النساء الفرنسيات فى فرنسا ، وبين المصريين نجد عدداً كبيراً منهم قد اختاروا الزواج بالاجنبيات

وتزداد الصعوبة اذا ما انتقل الزوجان الى بلد آخر ليقيما فيه أو كان لهما املاك فى بلاد غير التابعين اليها من حيث جنسيتهما أو موطنهما أو غير التى تزوجا فيها

وأس المصاعب فى الموضوع تمسك كل بلد أو كل قوم أو كل طائفة دينية بالقواعد التى تسود فيها فيما يتعلق بالزواج واعتبارها كلها أو جلها المثل الاعلى الذى لا يصح مخالفته نظراً لتعلقها بالنظام العام عندهم أو لمساسها بالدين أو الاخلاق أو الآداب التى لا يمكن التسامح فيها ولا مخالفتها بشكل من الاشكال

والزواج يدخلنا حتما فى موضوع النظام العام الدولى الذى سبق الكلام عليه فى بندى ٢٤٩ و ٢٧٤ والذى يحار الانسان فى كنه معناه ومرماه وحدوده بشكل دقيق بيد ان الفكرة الاساسية فيه هى ، كما يقولون ، عدم التجاوز عن القواعد الاساسية التى يرتكز عليها الفرق بين الامم المختلفة من حيث وجهة النظر والعادات والاخلاق : يقول وستليك « كما أنه يوجد أمم كالترك والصين تختلف وجهة نظرها واحوالها عن مثلها فى البلاد الاوروبية أو المسيحية لدرجة عدم امكان ترتيب صلات مُحكمة للقانون الدولى الخاص معها بحيث لا يمكن اعتبار قوانينها واحكامها فى البلاد الاوروبية ، كذلك تختلف الدول المسيحية فيما بينها من حيث وجهة النظر والاحوال اختلافا قد يترتب عليه وجوب وضع استثناءات للقواعد العامة التى توجب احترام قوانينها وأحكامها مثال ذلك انه بينما كان الرق مسموحا به فى بعض البلاد المسيحية لم يكن ليعترف البعض الآخر من البلاد المسيحية التى لم يوجد فيها الرق ، بكل ما يترتب عليه من الآثار فى القوانين التى تجيزه . ومع ذلك فان أهم ما يطبق فيه مبدأ النظام العام الدولى هو موضوع الزواج والطلاق . لنتصور أنه يراد الشروع فى الزواج فى بلد ما بين شخصين من الاجانب : يصح فى هذه الحالة ان يتطلب قانون ذلك البلد — وهو الذى سيكون فيه العقد Lex loci actus ou contractus celebrati والذى سيبتدئ فيه وجود عقدة الزواج و يصح استمرارها فيه زمنا ما وفيه تنتج تلك العقدة جميع نتائجها أو بعضها بالاقل — توافر شروط

خاصة من حيث بُعد القرابة أو النسب ، والدين أو الآداب أو القومية أو اللون ، ويعتبرها كلها مما يرتبط بالنظام العام . كذلك قانون موطن الزوجين — وهو الذى ينتظر ان يعيشا فيه معظم حياتهما — أو قانون الدولة التى يمتان اليها من حيث الجنسية السياسية — والتى ينتظر ان يخرجا لها الى عالم الوجود رعايا جديدين — قد يتطلب كل منهما شروطاً خاصة لصحة الزواج

« ويمتاز الزواج عن العقود الاخرى فى اغلب البلاد بان عقدته لا تنشأ الا من بعد اجراءات رسمية مدنيـة أو دينية تحصل أمام موظف عمومى مختص وان ادخال أى عنصر أجنبى أو غير رسمى فى شكل الزواج قد يكون مخالفاً لمبـادئ النظام العام لكونه قد يجعل الزواج أمراً خفياً »(٢)

كذلك يختلف الزواج عن العقود الاخرى فى كونه عقداً لا يترك القـانون ترتيب آثاره ونتائجه لارادة المتعـاقدين كما هى الحال فى أغلب العقود بل يرتبها القانون نفسه مباشرة (٣) قارن بند ٢٥١

٣٧٠ — لذلك كله يجوز أن الزواج الصحيح الحاصل فى بلد معين يعتبر باطلا اذا حكم فيه طبقاً لقانون بلد آخر واذا صح وجوب مراعاة الحقوق المكتسبة فان مخالفة الحق للنظام العام قد تمنعه من الاحترام وقد يكون من المفيد جداً معرفة قواعد الزواج فى كل بلاد العالم أو فى أهمها وكذلك معرفة قواعد القانون الدولى الخاص المقر بها فى البلاد المختلفة ولكن نطاق هذا الكتاب لا يتسع لهذه البيانات التى تقتضى محلا كبيراً جداً (١) وفى الواقع هى ليست ضرورية بالنسبة لنا فى مصر وذلك لأن المشرع المصرى قد جعل جميع مسائل الزواج من اختصاص قضاة

---

(٢) وستليك وبنتويتش ص٥١—٥٢ حيث يذكر المادة ١٢ من القانون الايطالى والمادة ٦٥ من القانون الفرنسى المقابلتين للفقرة الاخيرة من مادة ٢٨ ل ت م أ المتعلقة بعدم امكان الاخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام والاداب.

(٣) بار ص ٣٤٣ بند ١٥٦

[٣٧٠] (١) ويمكن الرجوع اليها فى كتاب ڤولان وبك المشار اليه فى حاشية ١ بند ٢٦٦ فهو قد كتب عن الزواج فى كل البلاد المهمة

الاحوال الشخصية فى مصر حيث نص فى المادة الرابعة من القانون المدنى المختلط على ان « المسائل المتعلقة . . . بالزواج . . . تبقى من اختصاص قاضى الاحوال الشخصية »[٢] واذ كان هذا القاضى متعدداً بتعدد الاديان بالنسبة للمصريين ومتعدداً بتعدد الجنسيات بالنسبة للاجانب وكانت القاعدة المتبعة عملا فى اختصاص قضاة الاحوال الشخصية هى رفع الدعوى فى محكمة المدعى عليه[٣] فان أغلب الصعوبات المشار اليها فيما تقدم يتلاشى قبل أن يدخل الخصوم المحكمة ، أو يقضى عليه نهائياً بأن لا يكون له حل وذلك من جهة نظراً لتقيد المحاكم الدينية بقوانينها وحكمها دائماً بمقتضاها ، ومن جهة أخرى نظراً لكون المشرع المصرى قد حكم بطريق الاستنتاج بجعل الزواج خاضعاً لقانون الاحوال الشخصية التابع اليه الطرفان اذ جعله « باقياً فى اختصاص قاضى الاحوال الشخصية » وهذا هو قاضى ديانة الخصم أو الخصوم أو قاضى جنسية الخصم أو الخصوم ، بحسب ما اذا كانوا مصريين أو أجانب

والحقيقة أن عدم وجود قاض واحد أو محكمة واحدة للحكم فى جميع مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة لجميع القضايا التى يمكن أن تحصل بشأن هذه المسائل فى مصر وعدم وجود قانون وطنى واحد للمصريين كافة يجعلان العنصر

---

(٢) لائحة ترتيب المحاكم الاهليــة فى المادة ١٦ لم تذكر ذلك ولكنها قالت بعدم اختصاص هــذه المحاكم بنظر « مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها . . . مما يتعلق بالاحوال الشخصية »

(٣) هكذا يقرر المستشار القضائى فى تقريره عن سنة ١٩٠١ حيث يقول « ان الحكومة المصرية قد جرت فى أحوال النزاع على اختصاص البطركخانات والمحاكم الشرعية على أن تتطلب من المدعى رفع دعواه فى محكمة المدعى عليه وما لم يحصل على حكم من هذه المحكمة فانها تمتنع عن مساعدته وهذه طريقة سلبيه لمنع النزاع وأن خير طريق هو انشاء محكمة لحل مسائل تنازع الاختصاص . . . » تلك هى القاعدة التى تحترمهــا الحكومة وتنفذ الاحكام التى تصدر مطابقة لها ولكن ذلك لا يمنع الطالب من رفع دعواه أمام الجهة التى يعتقد أنها تنصفه سواء كانت محكمته أو محكمة خصمه وهذه قد ترى نفسها مختصة وتزداد الصعوبات فى حالة تغيير الجنسية أو الدين — راجع الكتاب الرابع

انعدام المثل الاعلى فى الزواج فى مصر

الاقليمى فى الموضوع مفقوداً أو ضائعاً [٤] ويجعلان أمر النظام العام الدولى أو الوطنى فى موضوع الزواج فى حكم المنعدم اذ المثل الاعلى فى موضوع الزواج فى مصر لا يكون موجوداً ما دامت الحال هى ان كل شخص يكون محكوماً بقانونه الشخصى مهما كانت نصوصه ؛ ولولا بقية باقية من الكرامة القومية سببها أن للبلد ديناً رسمياً هو دين الاسلام كما قررت ذلك المادة ١٤٩ من الدستور المصرى ولولا ان للمحاكم المختلطة اختصاصاً مستنتجاً من نص المادة الرابعة المذكورة تحكم بمقتضاه فى مسائل الاحوال الشخصية التى ترفع اليها بصفة فرعية اذا رأت عدم ضرورة الايقاف من أجلها (بند ١٨٢) لما وجد أى ضابط فى موضوع الزواج عند اختلاف الدين بين الزوجين كما سيتبين من البند التالى للآتى

القاعدة هى القانون الشخصى

٣٧١ — لذلك كان الزواج محكوماً فى مصر بقانون الاحوال الشخصية التابع اليه الطرفان ولا شك مطلقاً ولا صعوبة اذا ما كانا من ديانة واحدة أو جنسية واحدة وقت انعقاد الزواج فان قانونهما الدينى أو الوطنى يحكم زواجهما من كل الوجوه أى من حيث صحة الزواج شكلا [١] وموضوعاً ومن حيث حقوق الزوجين وواجباتهما أثناء الزواج ومن بعده ، ومن حيث تعلق هذه الحقوق بالشخص ومن حيث تعلقها بالمال

العبد المأذون

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ — مبدأ خضوع الزواج لقانون ديانة أو جنسية الطرفين — ان العبد المأذون لا يمكنه ، طبقاً لقواعد

---

(٤) راجع بند ٢٢٣ حيث يلاحظ ڤايس أن تنازع القوانين يتلاشى فى كل الاحوال التى يعتبر فيها القانون شخصياً محضاً كما كانت الحال عن الرومانيين وعن الجرمانيين غزاة فرنسا فى القرون الوسطى . وأن كل ما يصح التساؤل عنه فى هذه الحالة هو معرفة القواعد التى تتبع عند وجود قانونين شخصيين أو اكثر ايهما يحكم فى قضية تهم عددا معينا من الاشخاص من اصول أو قبائل مختلفة

[٣٧١] (١) أى من حيث شكل عقد الزواج وهنا قد تعرض صعوبات سببها عدم امكان الالتجاء الى الشكل الذى يوجبه قانون الاحوال الشخصية نظرا لكون الطرفين غير مقيمين فى بلدهما الذى يمكنهما مباشرة العقد فيه طبقا لقانونه وسنتكلم عنها فى بند ٣٧٥

الشريعة الاسلامية ، أن يتزوج الا بتصريح من سيده[٢]

القانون الوضعي بجانب الشريعة

ويلاحظ بالنسبة للمصريين المسلمين ما وضع من القوانين المصرية مفسراً أو متمماً لأحكام الشريعة الاسلامية الغراء فى موضوع الزواج فان لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد أدخلت قيوداً على المذهب الرسمى (بند ١٣٢) لا مناص من مراعاتها ومن هذه القيود ما يتعلق باثبات الزواج وهو ما يرد فى بند ٣٧٤ ومنها ما يتعلق بالسن اللازمة للزواج وهو ما سبق الكلام عليه فى بند ٣٦٢ ص ٤٣٦ ""

اختلاف الدين أو الجنسية

٣٧١ مكرراً — تلك اذاً القاعدة عند اتحاد الدين أو الجنسية ولكن ما الحكم اذا اختلف الطرفان ديناً أو جنسية ؟ هذا الاختلاف يجعل الأمر فى منتهى الصعوبة فى مصر وذلك لأنه يضطرنا الى تحليل مادة الزواج تحليلا دقيقاً ثم يكون الحل غالباً فى آخر الامر على مقتضى قانون المحكمة أو السلطة القضائية التى يطلب منها الحكم وكثيراً ما يختلف باختلافها وبحسب ما اذا كانت تفصل فيه بصفة أصلية باعتبارها السلطة المختصة بالحكم فى الاحوال الشخصية أو تفصل فيه بصفة فرعية باعتباره من المسائل التى يتوقف عليها الحكم فى موضوع الدعوى الاصلية المنظورة أمامها والداخلة فى اختصاصها أصلا . فقد يكون الزواج صحيحاً بحسب قانون الزوج و باطلا بحسب قانون الزوجة وقد يكون صحيحاً بحسب قانونها و باطلا بحسب قانونه واذا حصل الزواج فى مصر فلا نجد قانونا اقليمياً للزواج يصح أن يقال بوجوب اتباعه وحده أو تحكيمه فى الموضوع باعتباره قانون محل حصول العقد . Lex loci contractus celebrati[٣]

---

(٢) س م ٦ فبراير ١٨٩٥ مج ت ر ٧ ص ١١٠

(٣) تطبيقاً لهذه الفكرة و بعد تحويرها بما يناسب حالة مصر اقترح الاستاذ سيزوستريس بك سيداروس وكيل مدرسة الحقوق الملكية سابقاً فى كتابه الفرنسى عن البطركخانات ص ٣٨٦ ان يعترف باختصاص السلطة الدينية « التى باشرت عقد الزواج » فى الحكم فى كل نتائجه : من حيث صحته ومن حيث الطلاق والفرقة والعشرة وحضانة الاولاد والمهر والنفقة وذلك بصرف النظر عما يطرأ من تغيير إلى الدين — راجع ما مر فى بند ١٣٦ بخصوص آثار الردة

كل طرف أهلية بحسب قانونه

ومع ذلك فهناك قاعدة اساسية فى القانون المصرى قررتها المادة ١٣٠ / ١٩٠ من القانون المدنى وهى تقضى بان الحكم فى الاهليـة المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون الاحوال الشخصية أو قانون الجنسـية التابع اليه العاقد وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بان هذه المـادة يجب ان تراعى فى تقدير صحة الزواج الحاصل بين اشخاص من جنسيات مختلفة أو أديان مختلفة بحيث يكون كل من الزوجين اهلا لعقد الزواج على الآخر بمقتضى قانون أحواله الشخصية فاذا كان كل منهما أهلا له بحسب قانونه صح الزواج والا فلا [٤] وسيرد تطبيق هذه القاعدة واستثناءها الوحيد فى البندين التاليين

قضية صالحه هانم

قررت محكمة الاستئناف المختلطة هذه القاعدة فى قضية صالحه هانم التى كانت محجوراً عليها من المجلس الحسبى فى مصر (بند ٣٦٣) وتزوجت فى احدى كنائس مدينة سان بطرسبرج من رجل مسيحى روسى أرثوذكسى المذهب اسمه ڤلاديمير يوركڤتش تمذهب بالبروتستانتية حتى يتمكن من زواجها نظراً لأن مذهبه الاول لم يكن ليسمح له بالزواج من مسلمة . وقد ثبت أمام المحكمة المذكورة أن الزواج صحيح طبقاً للقانون الروسى (وهو قانون الزوج وقانون البلد الذى حصل فيه الزواج) من حيث الشكل ومن حيث الشروط الاخرى وانه يمنح الزوجة الجنسية الروسية طبقاً لقانون الروسيا . فحصت المحكمة بعد ذلك ما اذا كان هـذا الزواج مع ما يستتبعه من الجنسية الروسـية يصح الاعتراف بصحتهما فى مصر : فنظرت أولا فى أهلية الطرفين لعقد الزواج وقررت وجوب تطبيق المادة ١٩٠ المتقدمة ثم قالت « ان هذه المادة تقرر حكما يطابق ما جاءت به النظريات وأقره العمل فى القانون الدولى الخاص : من ذلك أن المادة الاولى من معاهدة لاهى التى امضيت فى ١٢ يونيه ١٩٠٢ بخصوص تنظيم تنازع القوانين الذى يمكن أن يحصل فى مادة الزواج قررت

---

(٤) ولهذه القاعدة إستثناء واحد فى مصر سببه احترام الشريعة الاسلاميـة الغراء باعتبارها القانون الاصلى الاساسى فى البلاد — راجع بندى ٣٧٢ و ٣٧٣

أن حق عقد الزواج محكوم بالقانون الوطنى لـكل من المتعاقدين (راجع المعاهدة بين بندى ٢٨٢ و ٢٨٣) ورغما من كون الحكومة المصرية ليست طرفا فى هذه المعاهدة ولا الحكومة الروسية فان قيمة المعاهدة عظيمة جداً من حيث هى مستند قانونى[٥] والواقع أن القانون الوطنى الذى تخضع اليه صالحه هانم من حيث جواز زواجها أو عدم جوازه هو نص المادة ١٢٢ من قانون الاحوال الشخصية وهو كما يأتى : لاتتزوج المسلمة الا مسلماً فلا يجوز تزوجها مشركا ولا كتابياً يهودياً كان أو نصرانياً ولا ينعقد النكاح أصلا — وبناء على ذلك لايكون العقد الذى عقدته صالحه هانم مع ڤلاديمير يوركڤتش عقداً صحيحاً من الوجهة المصرية ولا يترتب عليـه تغيير جنسيتها وقالت إنه مما يؤسف عليه أن يعتبر الزواج صحيحاً فى بلد وباطلا فى بلد آخر وأن يترتب على ذلك أن السـيدة المذكورة تعتبر روسية فى روسيا ومصرية فى مصر ومع ذلك فتلقاء وجود اختلافات عظيمة فى الدين وفى الاخلاق والآداب عند الامم المختلفة قد لا يكون هناك مفر من الاعتراف بهذا الشـذوذ غير المألوف وقد يحصل ذلك حتى بالنسبة لرعايا الدول التى وقعت على معاهدة لاهى المذكورة التى كان الغرض الاساسى منها هو منع مثل هذا التنازع[٦] واذا أردنا ان نواجه نقيض هذه القضية وهو حالة تزوج امرأة روسية من مصرى مسلم فان هذا الزواج يكون باطلا فى روسيا اذا كانت المرأة ارثوذكسية المذهب مع كونه يعتـبر صحيحاً فى مصر — راجع المـادة ١٢٠ من قانون الاحوال الشخصية . . . »[٧]

---

(٥) قارن بند ٢١٢ وراجع بند ٣١١

(٦) راجع المادة الثالثة من المعاهدة المذكورة ، بعد بند ٢٨٢ هنا

(٧) تنص هذه المادة على ما يأتى : يصح للمسلم أن يتزوج كتابية نصرانية كانت أو يهودية ، ذمية أو غير ذمية وان كره ويصح عقد نكاحها بمباشرة وليها الـكتابى وشهادة كتابيين ولو كانا مخالفين لدينها ولا يثبت النكاح بشهادتهما اذا جحده المسلم ويثبت بها اذا انكرته الـكتابية

الحكم فى قضية صالحه هانم

و بناء على ما تقدم رأت المحكمة فى المسألة الفرعية المتعلقة بالزواج أنه باطل وان صالحه هانم تعتبر مصرية محجوراً عليها رغماً من صحة زواجها طبقاً لقانون زوجها [٨]

الحكم الابتدائى

ويلاحظ أن حكم الاستئناف هذا قد ألغى الحكم الابتدائى فى القضية نفسها حيث رأت محكمة مصر المدنية المختلطة[٩] ان الزواج صحيح طبقاً للمادة ٨٧ من القانون الروسى ومن شأنه طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص أن يجعل الزوجة تتبع حالة زوجها وان ذلك مطابق لما جاء فى المادة السابعة من القانون العثمانى الخاص بالجنسية حيث يفهم منها أن المرأة العثمانية تتبع زوجها من حيث الجنسية (بند ١١٠) وانه متى كان عقد الزواج باعتباره كأى عقد من العقود المدنية أو التجارية صحيحاً طبقاً للقانون الذى يحكمه ، ولكنه مشتمل على وجه بطلان مطلق أو نسبى مسبب عن عدم أهلية أحد المتعاقدين ، فيجب حتما لأجل ايقاف مفعوله أن يصدر حكم بالغائه أولاً من السلطة المختصة ولذلك حكمت المحكمة بالايقاف حتى تحكم ببطلانه السلطة المختصة ، ورأت محكمة الاستئناف أن لا محل للايقاف نظراً لعدم وجود أدنى شك فى بطلان الزواج للاسباب التى ذكرناها عنها وانه يصح نظر الموضوع باعتبار صالحه هانم مصرية محجوراً عليها [١٠]

---

(٨) س م ١١ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٦ نمرة ٤٢٨

(٩) فى حكمها الصادر فى ٢٥ مارس ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٢٤ تحت لفظ « زواج »

(١٠) حصل بعد ذلك انه ، لكى تتخلص السيدة المذكورة من مسألة بطلان الزواج ومن الحجر (بند ٣٦٣) أرادت ان تصحح مركزها فتوجهت الى لندن هى وزوجها وهناك عقد لهما زواج جديد فى جامع ووكنج سيرى Woking Surrey فى ١١ ديسمبر ١٩١٣ (أى بعد صدور حكم الاستئناف المذكور) بعد ان اتخذ بوركفتش اسما اسلاميا هو « عبد الرحمن شيخ جلال الدين محمد » واخيرا رفعت السيدة المذكورة دعوى امام محكمة اسكندرية المختلطة باعتبارها روسية ومتزوجة وطالبت القيم عليها وغيره بفسخ بيع ١٩٨٢ فدان وغير ذلك معتبرة نفسها غير محجور عليها ثم فى آخر جلسة تنازلت عن القضية ولكن المحكمة لم تقبل التنازل لعدم توافر شروطه حيث كان احد المدعى عليهم قد طلب الحكم عليها فرعيا بمبلغ

اختلاف الحكم باختلاف المحكمة

ويلاحظ أخيراً انه اذا كانت مسألة زواج السيدة المذكورة قد رفعت الى القنصلية الروسية فى مصر فانها ما كانت تتردد فى الحكم بصحة الزواج طبقاً لقانون الروسيا وانه اذا كانت المسألة قد رفعت الى المحاكم الشرعية فانها ما كانت تتردد فى الحكم ببطلان الزواج وعدم وجوده بالكلية وانها كانت تأمر على الفور بالحيلولة أى التفريق بينهما من تلقاء نفسها نظراً لمخالفة اجتماعهما للشريعة الغراء

زواج مصرى بأجنبية

٣٧٢ — ولنبحث الآن فى زواج المصرى من أجنبيـة (بند ١١٢) : لا صعوبة فى الموضوع بالنسبة للمسيحى اذا كانت المرأة مسيحية ولكن الحال ليست كذلك بالنسبة للمسلمين الذين يتزوجون من مسيحيات فان زواجهم وان صح من وجهة الشريعة الاسلامية الا انه مشكوك فى صحته فى بعض البلاد المسيحية أو من وجهة بعض القوانين التى تتمسك بالنزعة المسيحيـة وقد بحث المستشار القضائى الإسبق السير مالكولم مكاريث هذا الموضوع فى تقريره عن سنة ١٩٠١

الانجليزيات

ص ٩٧ فقرر أن الأمر لا يخلو من الشك حيث أن زواج الانجليزية من مسلم يبيح له قانونه الشخصى أن يكون بعلا لأربع زوجات وأن يطلقهن جميعاً أو يطلق بعضهن بمجرد اخبارهن بذلك و بدون ابداء الأسباب ، هو زواج تتعدد فيه الزوجات اما حقيقة واما حكماً وان معرفة درجة اعتراف المحاكم الانجليزية بصحته من المسائل المحفوفة بالمصاعب الكبرى وقد أثار اختلافاً كبيراً فى الرأى . . وقد قررت فيه بعض الاحكام قواعد عامة جلية فرأى بعض القضاة ان اجتماع الرجل بامرأة فى بلد أجنبى حيث يطلق عليه لفظ زواج وحيث يسمى فيه الشخصان زوجين ، لا يعتبر زواجاً صحيحاً طبقاً للقانون الانجليزى الا اذا كان قائماً على أساس الزواج فى بلاد المسيحية وكان فى جوهره « الاجتماع الاختيارى طول مدة الحياة لرجل واحد مع

مائتى جنيه بصفة تعويض عن هذه الدعوى الكيدية فقررت المحكمة عدم قبول التنازل وحكمت فى الموضوع بانها لا تزال محجورا عليها رغم الزواج ولو كان صحيحا ورفضت طلب التعويض كما مر فى بند ٣٦٣ ص ٤٣٩ وحاشية ٤ عليه

امرأة واحدة اخراجاً لأى انسان آخر » وقال المستشار إن مغزى هذا الحكم عام وصريح بشكل يجعل الانسان يتصور بادئ الرأى أنه قاطع فى الموضوع ومع ذلك فقد أثار هذا الحكم اختلافاً كبيراً فى الرأى فقال البعض ان القاضى أراد أن يقرر مبدأ عاماً من مقتضاه أن كل زواج فيه تعدد الزوجات حقيقة أو احتمالا يجب أن يعتبر أمام المحاكم الانجليزية باطلا بطلاناً جوهرياً مهما كانت الظروف ورأى البعض الآخر قصر هذه القاعدة على الزواج الذى يحكمه القانون الانجليزى مع اعتبار الزواج بين غير المسيحيين صحيحاً ينظر اليه كما هو موجود فعلا طبقاً للقانون الذى يحكمه — وهذا صحيح طبقاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة فى الخارج — وعلى ذلك يرى المستشار أن المسألة ليست مقطوعاً فيها فى القانون الانجليزى

ويرى وستليك فى § ٣٤ أنه متى كان القانون الذى يحكم الزواج يبيح تعدد الزوجات فان الزواج تحت سلطانه حتى فى حالة التزوج لأول مرة لا يعتبر زواجاً فى انجلترا ولا تنفذ الواجبات الزوجية المترتبة عليه ولا يجوز الطلاق ولا غيره فسخاً له ولكن يحترم زواج غير المسيحى اذا كان زواجا بواحدة فقط ، وفى أحد الاحكام الانجليزية أنه « اذا جاءت الى انجلترا احدى زوجات المسلم وتزوجت فيها فلا تعتبر أنها عددت أزواجها لأن قوانيننا لا تقر الزواج الحاصل فى بلادها ولا تعامله معاملة الزواج فى بلاد المسيحية »[1]

النتيجة

لذلك كان زواج المصريين بالانجليزيات زواجاً اسلامياً لا زواجاً انجليزياً فهو صحيح باعتباره خاضعاً للشريعة الاسلامية ولكنه باطل اذا نظر اليه من وجهة القانون الانجليزى وبطلانه هذا لا أهمية له عندنا لأن وطن الزوجية يكون فى الغالب القطر المصرى فيكون التقاضى فيه ولا يقوم حينئذ أدنى مانع من احترام أحكام الشريعة فيه والحكم بصحة الزواج رغم كون قانون الزوجة لا يبيحه

الفرنسيات

هذا ولا يضع القانون الفرنسى أى قيد على زواج الفرنسيات لا من حيث

---

[٣٧٢] (١) وستليك وبنتوينتش الطبعة السادسة ص ٦٩ فى اعلاها ، فى الحرف الصغير

الجنسية ولا من حيث الدين ولا من حيث اللون ، والواقع أن الزواج فى فرنسا ليس عقداً دينياً بل هو عقد مدنى فلا ينظر فيه الى أى اعتبار خاص مما يوجد عند الامم المتمسكة باراء خاصة[٢] مثل انجلترا حيث يتمسكون بما ينتج عن الدين ، وأمريكا حيث يتمسكون بمسألة الألوان فلا يتزاوج السود من البيض

زواج الامراء

ويتطلب بعض القوانين استئذان الملك فى زواج الامراء من سلالة رئيس أو مؤسس العائلة المالكة فمثلا يعتبر زواج أحد ذرية جورج الثانى فى انجلترا باطلا اذا لم يتم طبقاً لمقتضيات قانون الزواج الملكى وهناك محل للشك فى هل يعتبر هذا الزواج باطلا فى بلاد غير انجلترا والرأى الراجح عدم البطلان خارج انجلترا[٣] وتتطلب بعض القوانين القديمة شروطا خاصة بالنسبة لزوجات الامراء الذين يحتمل ان يرتقوا الى عروش بلادهم فتلغى الزواج الحاصل من نساء لسن من درجتهم وتحرم أولادهم من العرش ويسمى هذا النوع من الزواج Mariage morganatique والراجح عدم بطلان هذا الزواج فى البلاد الاخرى[٤] وقد أصاب المشرع المصرى فى القانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٢ الخاص بوضع نظام الاسرة المصرية المالكة فى عدم النص على بطلان الزواج الحاصل بغير اذن أو على خلاف الاذن الصادر من جلالة الملك والاقتصار على تقرير حق جلالته فى حرمان الامير أو الاميرة أو ذريتهما من لقب الامارة اذا كانت الزوجة أو الزوج غير حائز للقب الامارة (مادة ٦)[٥]

ما يترتب على اتباع القانون الشخصى فى مصر

٣٧٣ — هذا وبما ان المحاكم المختلطة تتقيد دائما بقانون الاحوال الشخصية (قانون الجنسية أو قانون الدين) لكل من الطرفين فانه يترتب على ذلك انها لا تعبأ بصحة الزواج الواقع صحيحا طبقا لقانون البلد الذى وقع به بالفعل Lex loci contractus celebrati ولابد ان تراعى صحته طبقا لقانون الاحوال الشخصية

---

(٢) ڤاليرى ص ١٠٣٧ بند ٧٢٦
(٣) راجع دايسى ص ٦٧٥ — ٦٧٧
(٤) پيليه فى كتابه الحديث « القانون الدولى الخاص من الوجهة العملية » ١ ص ٥١٦
(٥) ومع ذلك كان يصح وضع قيود خاصة على زواج « ولى العهد »

التابع اليها كل من الزوج والزوجة معا فاذا حصل زواج بين أسود و بيضاء مثلا وكان باطلا طبقاً لقانون أحدهما أو كلاهما كما اذا كانا امريكيين وتزوجا فى فرنسا حيث لا يلتفت الى الموانع الدينية أو المذهبية أو اللونية ، وكان صحيحاً فى فرنسا رغم ذلك ، فان المحاكم المختلطة تعتبره باطلا لمخالفته لقانون الزوجين أو قانون أحدهما ولا عبرة عندها بقانون الجهة التى حصل فيها العقد (١)

اتباع قانون بلد العقد فى اغلب البلاد

والحكمة فى أن الزواج قد يكون صحيحاً بحسب قانون الجهة التى حصل فيها رغماً من كونه باطلا بحسب القانون الشخصى أن بعض البلاد لا يقر الموانع الدينية أو المذهبية أو الوطنية التى قد توجد فى البلاد الأخرى لأنه يعتبرها غير مقبولة عنده لمخالفتها النظام العام الذى يتوخاه متى كان الزواج حاصلا خارج البلاد التى تقرر المنع : فاذا تزوج زنجى بامرأة بيضاء فى انجلترا وكان قانونهما الشخصى وهو قانون الموطن عند الانجليز ، أو قانون أحدهما يجعل الزواج باطلا بسبب اختلاف اللون فالزواج صحيح فى انجلترا لأن قانونها لا يقر المانع المذكور بل يجعله مخالفاً للنظام العام وان كانت القاعدة أن الاهلية للزواج تعتبر طبقاً للقانون الشخصى (٢)

وكذلك لا يعتد فى انجلترا ببطلانٍ سببُه منع الراهب عن الزواج بمقتضى قانون أحواله الشخصية اذا حصل الزواج فى بلد مثل انجلترا لا يرى المنع بسبب الرهبانية ، ولا ببطلان سببه فوارق الطبقات الدينية Castes فى الهند مثلا (٣)

الحالة فى مصر

أما فى مصر فان المثل الأعلى ، وهو القانون الوطنى للاحوال الشخصية ، غير موجود للآن ولذلك فليس من مبادئ النظام العام عندنا تجعل المحاكم المصرية تحكم بعدم الاعتداد بالموانع الخاصة الموجودة فى القوانين الشخصية الاجنبية اذا

---

[٣٧٣] (١) قارن ڤليرى ص ١٠٤٤

(٢) وقد حكم بان منع الزواج فى امريكا بين البيض والسود من مسائل الضبط والربط (البوليس) ولذلك فهى نظام محلى لا يكون له تأثير خارج البلاد التى هو سائد فيها (دايسى ص ٦٨٤ حاشية q وقارن ما سيأتى فى آخر هذا البند حاشية ٥

(٣) قارن دايسي ص ٦٨٤

مايترتب على اتباع الشريعة الغراء

حصل الزواج فى مصر ، أو فى بلد لا يعتد بالموانع الخاصة المذكورة وكانت تلك الموانع تخالف النظام العام فى ذلك البلد ولذلك فالعبرة أمام المحاكم المصرية فى كل زواج هي بالاهلية المقررة فى قانون كل من الزوجين — ومع ذلك فلا مفر من وجوب احترام أحكام الشريعة الاسلاميـة فى بلد اسلامى مثل مصر (المادة ١٤٩ من الدستور) ولذلك فكل ما أحلته تلك الشريعة وأقره المشرع المصرى يكون واجب الاحترام فى مصر وواجب النفاذ فيها ولو خالف القانون الشخصى لأحد الزوجين وكل ما حرمته الشريعة يكون باطلا فى مصر ولو كان صحيحاً طبقاً لقـانون أحد الشخصين متى كانت الشريعة هى التى تحكم الزواج وقد رأينا تطبيق هذا الرأى فى قضية صالحه هانم فان الزواج كان صحيحاً طبقاً لقانون الزوج وطبقاً لقانون البلد الذى عقد فيه العقد ومع ذلك أبطلته المحاكم المختلطة نظراً لمخالفته لقانون الزوجة كذلك اذا اعتبر الزواج باطلا فى البلد الذى عقد فيه وكان بطلانه بسبب مخالفته النظام العام فى ذلك البلد ولم يكن باطلا طبقاً للشريعة باعتبارها قانون أحد المتعاقدين فهو صحيح فاذا تزوج مصرى مسلم فى انجلترا أو فرنسا زواجاً ثانياً من امرأة أجنبية كتابية مع بقاء زواجه الأول قائماً فيعتبر الزواج الثانى صحيحاً رغم بطلانه هناك وذلك لأن تعدد الزوجات المبطل للزواج هناك لا يعتبر مبطلا له فى مصر عند المسلمين وبذلك تبقى للزوجة الثانية حقوقها وللاولاد صفتهم الشرعية فلا تزول هذه المزايا ولو خالف الزواج النظام العام فى البلد الذى عقد فيه مادام صحيحاً طبقاً للشريعة . نعم ان ذلك يكون مخالفـاً للقاعدة المقررة فى المادة ١٣٠ / ١٩٠ ولـكن لهذه المخالفة أساساً متيناً فى القانون الدولى الخاص عنـد سائر أمم العالم المتمدين وهذا الاساس هو عدم الاعتداد بالموانع الدينية أو المذهبية أو الوطنية الخاصة التى توجد فى بعض القوانين الاجنبية ويعتبرها قانون المحكمة غير مشروعة أو غير عادلة وهذه القاعدة فرع عن القاعدة التى سبق شرحها فى ص ٤٧٧ هنا [٤]

---

(٤) قارن وستليك وبنتويتش § ٢٢ ص ٥٨ و § ١٦ ص ٥٠

زواج الفارسى بعثمانية صحيح فى مصر

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ بان الزواج المعقود بين مسلم من رعايا حكومة فارس ومسلمة عثمانيـة هو زواج صحيح بالرغم من كونه منهياً عنه بأمر عالى عثمانى يسرى على البلاد التركية المتاخمة لبلاد فارس وقد اعتبرت المحكمة هذا الامر العالى من قوانين الضبط (البوليس) الداخلية فى تركيا ولم تر فيه تحريما مانعاً من صحة الزواج وموجبا للبطلان(٥)

شكل الزواج

٣٧٤ — شكل عقـد الزواج : الزواج عقد يجب ان يصاغ فى شكل صحيح كما هى الحال فى جميع العقود . وهذا الشكل هو بحسب القانون المصرى الشكل الذى يجيزه قانون الاحوال الشخصية للمتعاقدين اذا كانا تابعين لقانون واحد قبل الزواج . وهذه القاعدة مستنبطة من نص المادة ٤ مم

الشكل الاسلامى

ويختلف شكل الزواج من بلد الى بلد ومن دين الى دين . وينعقد الزواج صحيحا فى الشريعة الاسلامية بايجاب من احد العاقدين وقبول من الآخر بحضور شاهدين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم مسلمة وينعقد بكتابة الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ الـكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته أو تقول لهما فلان بعث الى يخطبنى وتشهدهما فى المجلس انها زوجت نفسها منه (م ٥ — ٩ من كتاب الاحكام الشرعية فى الاحوال الشخصية) ولا يتطلب من الاجراءات اكثر من ذلك بالنسبة لحصول العقد ad solemnitatem actus فليس من اجزاءات دينية أو مدنية يوجبها الشرع غير ما ذكر . ومع ذلك فيلتجئ الطرفان ، من أجل ايجاد مستند للزواج يمكن الرجوع اليـه للاثبات عند اللزوم ، الى مساعدة المأذون أو

---

(٥) س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ ج ت م ٩ ٢٤٧ وهذه الفكرة تشبه ما تقدم فى ص ٤٧٧ وحاشية ٢ هنا نظراً لكون الزوجين مسلمين ولكن بين عقائدهما اختلاف مذهبى سببه كون الفرس من الشيعة والاتراك من السنيين فالزواج وان كان منهيا عنه ويجب عدم مباشرته على يد رجال الشرع الموكول اليهم الامر فى تركيا الا انه اذا تم لا يترتب عليه البطلان خصوصاً خارج تركيا لان الغرض عدم الاختلاط بين المذهبين وهذه سياسة محلية لا يهتم بها فى الخارج وقد لاحظت المحكمة ان الامر العالى المذكور لا ينص على بطلان الزواج وان كل ما يترتب على المخالفة هناك هو معاقبة الموظف الذى يباشره واعتبار الاولاد عثمانيين من كل الوجوه

القاضي ليعطى للزواج شكلا رسميا قانونيا بكتابته فى الدفتر الرسمى المعد لذلك وبتسليم صورة منه لكل من الزوجين لتكون له مستنداً بالزوجية وما يتفرع عنها من الحقوق . ولا يتطلب الالتجاء الى المأذون أو القاضى لصحة العقد فان ذلك لا يفيد الا من حيث الاثبات [٦]

قيد اللائحة من حيث الاثبات

ومع ذلك فمن حيث الاثبات ليس الشكل الرسمى وحده هو المقبول بصفة مطلقة فان طرق الاثبات الاخرى التى تجيزها الشريعة الغراء تقبل دائما الا فى حالة واحدة وهى التى يريد القانون الوضعى فيها ان يمنع الغش أو النزاع على وجه العموم حيث تتعلق القضية فى الغالب بحق الميراث ولذلك قرر فى المادة ١٠١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [٧] عند الانكار عدم سماع دعوى الزوجية أو الطلاق أو الاقرار بهما بعد وفاة احد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الافرنجية سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيره الا اذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها — ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الاقرار بهما المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة — ولا يجوز ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الا اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك

الشكل الاسلامى شكل مدنى راق

يتضح من ذلك أن شكل الزواج عند المسلمين ليس شكلا دينياً بالمعنى المعروف عند المسيحيين وانه خاضع للقواعد المدنية

فى فرنسا

وبالعكس يعتبر زواج المصريين غير المسلمين زواجا دينيا من حيث الشكل. وفى فرنسا يعتبر الشكل المدنى واجبا دائما ويجب عمله حتما قبل الشكل الدينى اذا اراد الطرفان ان يلتجئا الى الشكلين معا ولا يصح مطلقا عمل الشكل الدينى

---

(٦) س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ ج ت م ٩ ص ٢٤٧ (قارن بند ٣٢٣ وحاشية ١)
(٧) المعدلة بالقانون نمرة ٢٣ لسنة ١٩١٣

قبل الشكل المدنى . وهـذا الشكل رسمى يجب أن تسبقه اجراءات نشر خاصة يقوم بها الموظف المختص بالحالة المدنية Officier de l'état civil [٨]

الشكل الشخصى هو القاعدة فى مصر

ولا شك أن الشكل المرسوم فى قانون الأحوال الشخصية للطرفين يكون دائماً ممكناً اذا حصل الزواج فى بلد الطرفين أو بين أهل طائفتها الدينية فى بلدهما الاصلى

أما اذا كانا بعيدين عن بلدهما أو عن أهل الطائفة التى ينتميان اليها فيجوز لها أن يلتجئا الى احدى قنصليات أو سفارات الدولة التابعين اليها فى البلد الذى يكونان فيه

الزواج القنصلى أو فى السفارات

وقد جرت العادة بأن أغلب الحكومات تمنح قنصلياتهـا أو سفاراتها حق مباشرة عقد الزواج « بين رعاياها »[٩] فى البلاد الاجنبية التى ترسل اليها قناصل أو يكون لها فيها سفارات

كذلك جرت العادة بأن أغلب البـلاد ، وعلى الخصوص مصر ، تقر إختصاص القناصل والسفراء الاجانب فى عقد الزواج بين رعايا حكوماتهم

ويلاحظ أن الأئمة الذين أرسلتهم حكومة حضرة صاحب الجلالة المصرية يكون لهم الحق بحكم وظائفهم فى المفوضيات والوكالات السياسـية المصرية [١٠] أن يباشروا عقود الزواج بين المصريين الذين يطلبون اليهم ذلك فى البلاد الاجنبية وقد كان المصريون يلتجئون فى السابق الى أئمة السفارات العثمانية ليعقدوا لهم عقداً اسلامياً يسجل فى دفاتر السفارات ويعتبر كأنه حاصل فى تركيا بمقتضى فكرة مجاوزة الاقليم Extra - territorialité التى هى من حق السفارات فى كل بلاد العالم

---

(٨) راجع المادة ٦٣ وما بعدها من القانون المدنى الفرنسى

(٩) أما اذا كان أحدها من الرعايا والاخر ليس منهم فالحال تختلف . كذلك قد تختلف مع الظروف الاخرى التى سنورها فى البـند التالى اذ الكلام هنا مقصور على حالة اتحاد الجنسية والدين

(١٠) ارسلت مصر للآن أربع مفوضيات للخارج وهى فى انجلترا وأمريكا وفرنسا وايطاليا ورتبة وكيل الحكومة المصرية فيها هى « مندوب فوق العادة ووزير مفوض » (راجع ص ٧١) وأرسلت قناصل لها فى مدن كثيرة

والتى يعتبر الزواج بمقتضاها كأنه حاصل فى البلد التابعة اليه السفارة أو القنصلية

الزواج فى السفن أو فى الجيش

كذلك يعتبر الزواج الحاصل على السفن الخاصة فى عرض البحر أو الحاصل على السفن العامة فى أى جهة كانت ، أو الحاصل فى ميدان القتال أو فى صفوف أى جيش أجنبى فى الخارج ، صحيحاً دائماً متى كان حاصلا طبقاً لمقتضيات قانون علم السفينة أو الجيش[11]

زواج الروس قديماً فى مصر

ومن المعلوم أن شكل الزواج قد يكون دينياً حتى فى بعض بلاد أوروپا وقد كان كذلك فى الروسيا قبل حكم البلشڤيك وقد كان للروسيا رجال دينيون يعقدون الزواج بين ذوى دياناتهم ويختصون بذلك دون رجال أى دين آخر. ولذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن زواج الروسيين من ذوى الديانة اليونانية الارثوذكسية لا يكون صحيحاً ولو حصل فى الخارج الا اذا تم طبقاً لمقتضيات قانون الكنيسة اليونانية الارثوذكسية . ويبطل زواج هذه الكنيسة اذا باشره قسيس قبطى ما لم يكن هناك تفويض من الكنيسة المذكورة[12] .

نوعا الصعوبات

٣٧٥ — تتضاعف الصعوبات فى هذا الموضوع من وجهتين مختلفتين :—

الاولى : اذا ما اختلفت ديانة طالبى الزواج أو جنسيتهما

الثانية : اذا ما امتنع عليهما جواز الالتجاء الى شكل الزواج المرسوم بقانونهما الشخصى فى الجهة التى يريدان التزوج فيها

١ : اختلاف الدين أو الجنسية

فى الحالة الاولى قد يقوم الطرفان بعمل الشكل اللازم فى قانون كل منهما وهذا كثير الحصول ويكون الزواج قد عقد مرتين على التوالى مرة بحسب قانون الزوج ومرة بحسب قانون الزوجة[1] ولا بد أن يعتبر صحيحاً بحسب أحد القانونين

---

(١١) قارن ڤاليرى ص ١٠٧٠ حاشية ١ ودايسى ص ٦٦٧ — ٦٧٢

(١٢) س م ٢٢ نوفمبر ١٨٩٣ مج ت م ٦ ص ٥٢

[٣٧٥] (١) قارن ما حصل فى قضية كازداغلى حيث عقد العقد مرتين الاولى فى كنيسة الاروام الارثوذكس والثانى امام قنصل انجلترا فى اسكندرية ومعلوم ان الزوجين كانا من ديانة واحدة هى المذكورة (ص ٩٠ هنا) ولكنهما التجئا الى القنصلية نظرا لتبعية الزوج حتى

بالأقل ولكن اذا أرادا أن يقتصرا على عقد واحد فيجب حتما أن يلتجئا الى شكل قانون الزوج دون قانون الزوجة وقد حكمت بذلك المحاكم المختلطة فقضت بأنه فى حالة كون الزوج من جنسية أجنبية وكون الزواج مضيعاً لجنسية الزوجة العثمانية لا يمكن أن تستنتج صحة الزواج الا بالاعمال والاوراق الصادرة عن سلطة الاحوال الشخصية التابع اليها الزوج [٢]

الزواج القنصلى أيضاً

ويعتبر الزواج القنصلى فى الخارج صحيحاً فى فرنسا طبقاً للقانون الفرنسى الصادر فى ٢٩ نوفمبر ١٩٠١ اذا كان الزوج تابعاً لجنسية القنصل وذلك بالنسبة لبعض البلاد دون البعض الآخر ومن ضمن هذه البلاد مصر فيكون القنصل الفرنسى مختصاً فيها متى كان الزوج فرنسيا وبالاستنتاج العكسى يكون زواج الفرنسية صحيحاً طبقاً للقانون الفرنسى اذا عقد فى قنصلية زوجها الاجنبى فى الخارج [٣]

ومع ذلك فليس كل زواج قنصلى بصحيح فى كل البلاد حتى لو حصل بين شخصين من رعايا القنصل وذلك لأن بعض البلاد لا يقر باختصاص القناصل الاجانب فيه بالنسبة لمباشرة عقود الزواج بصفة مطلقة وقد حدث من عهد قريب أن فرنسياً وفرنسية تزوجا فى مدينة « بال » من أعمال سويسره أمام القنصل الفرنسى فالزمتهما الحكومة المحلية فى بال باجراء عقد الزواج طبقاً للشكل المحلى والا حاكمتهما باعتبارهما مجتمعين اجتماعاً غير مشروع Concubinage [٤]

فى فرنسا

كذلك فى القنصليات الاجنبية الموجودة فى فرنسا لا تصح مباشرة الزواج الا بين رعايا حكومة القنصل فقط فاذا كان أحد الطرفين من غير جنسية القنصل

يكون زواجه انجليزيا وهذا وجه آخر من وجوه الصعوبة فى هذا الموضوع لان الزواج الانجليزى ربما كان غير كاف فى نظر ديانة الطرفين ، ولذلك يكونان قد احتاطا للامر من وجهتيه الدينية والمدنية

(٢) س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ ج ت م ٩ ص ٢٤٦

(٣) ڤاليرى ص ١٠٦٩

(٤) ڤاليرى ص ١٠٧٠

فالزواج باطل فى فرنسا نظراً لعدم اختصاص القنصل الاجنبى بعقد مثل هذا الزواج بمقتضى القوانين الفرنسية ونظراً لأن الزواج فى هذه الحالة يجب أن يحصل طبقاً للشكل المحلى الفرنسى دون غيره [٥]

فى انجلترا — ويظهر أن هذه القاعدة بالذات مقررة فى القانون البريطانى [٦]

ومن ذلك يتضح جلياً أن زواج المصريين من انجليزيات فى انجلترا أمام السفارة العثمانية فى السابق أو السفارة المصرية فى لندن لا يعتبر صحيحاً من حيث الشكل [٧] طبقاً للقانون البريطانى وان كان صحيحاً طبقاً للقانون المصرى

ومع ذلك فهذه القاعدة التى تتبع بالنسبة للقنصليات الاجنبية قد لا تتبع بالنسبة لزواج أحد رعايا الدولة من أجنبية ، أو زواج احدى رعاياها من أجنبى ، فى قنصليات الدولة فيكون الزواج صحيحاً فى انحاء الدولة رغم بطلانه بحسب قانون البلد الموجودة به القنصلية أو السفارة [٨] وتنفيذ هذه القاعدة الاخيرة التى مرت فى بند ٣٧٤ يتوقف بطبيعة الحال على رضاء أو سكوت حكومة البلد المذكور [٩]

وفى الامبراطورية البريطانية قانون خاص للزواج المشتمل على عنصر أجنبى ويسمى The Foreign Marriage Act of 1892 وهو متمم بلائحة عدلت فى سنة

---

(٥) ڤاليرى ص ١٠٧٠

(٦) دايسى ص ٦٦٨ حيث يقول ان امتياز مجاوزة الاقليم ربما كان لا يمتد الا فى الاحوال التى يكون فيها الطرفان من جنسية القنصل ولا يكون له وجود مطلقا وعلى وجه التأكيد اذا كان الطرفان من غير جنسية القنصل والسبب فى ذلك بالطبيعة هو المحافظة على سلطة الحكومة الاقليمية وعدم السماح للحكومات الاجنبية بأى سلطة بواسطة قناصلها أو سفاراتها فيما لا يختص برعاياهم . ويؤكد وستليك وبنتويتش هذه القاعدة فى ص ٦٣ ويقولان انه عند اختلاف الجنسية لا يكون للاجنبى أى حق فى التمتع بالامتياز السياسى واجراء عقده فى قنصلية أو سفارة دولة غير دولته

(٧) اما من حيث الجوهر فقد سبق الكلام عليه فى بند ٣٧٢

(٨) وستليك وبنتويتش ص ٦٣ و ٦٤

(٩) وقد جاء فى أمر مجلس ملك انجلترا الصادر فى سنة ١٩١٣ بخصوص الزواج ما يؤيد هذا الشرط بالذات — وستليك ص ٦٥

١٩١٣ عنوانها Foreign Marriages Order in Council, 1913 وهما يسريان على الزواج الذى يعقد خارج الاقليم البريطانى الاصلى فيتناولان الزواج الحاصل فى القنصليات والسفارات البريطانية وفى صفوف الجيش البريطانى فى الخارج أو على ظهر السفن البريطانية . واللائحة تنص على جواز مباشرة العقد متى كان الطرفان بريطانيين أو أحدهما بريطانى والآخر من غير رعايا الدولة الموجودة بها القنصلية أو السفارة واذا كان من رعاياها فيجب ان لا يكون هناك التسهيل الكافى فى الاجراءات المحلية فى تلك الدولة طبقاً لقانونها المحلى . ولكن يشترط فى هذه الحالة الا يكون هناك اعتراض من الحكومة المحلية على الزواج القنصلى المذكور وهناك احتياطات أخرى فى منتهى الحكمة تتخذ فى حالة زواج البريطانية من أجنبى حتى تضمن النساء البريطانيات صحة الزواج طبقاً لقانون الزوج الاجنبى [١٠]

٢ : تعذر الالتجاء الى الشكل الشخصى

الحالة الثانيــة — استحالة الالتجاء الى الشكل المقرر فى قانون الاحوال الشخصية وهنا يجب الركون الى قاعدة خضوع الشكل لقانون محل التحرير . وبهذه القاعدة يكون صحيحا كل زواج لم يأخذ شكل القانون الشخصى للمتعاقدين متى كان صحيح الشكل طبقا لقانون البلد الذى حرر فيه العقد . وهذه قاعدة عامة مقررة فى القانون الدولى الخاص فى كل بلاد العالم أوحت بها الضرورة وأوجبت احترامها العدالة [١١] وقد أوردها القانون المدنى الفرنسى بالنص الصريح فى مادة ١٧٠ حيث قال : الزواج المعقود فى بلد أجنبى بين فرنسيين أو فرنسيين وأجانب يكون صحيحا اذا حصل طبقاً للشكل المتبع فى ذلك البلد dans les formes usitées dans le pays وكذلك اقرتها المحاكم الانجليزية [١٢] وحكمت بها المحاكم

---

(١٠) وستليك وبنتوبتش ص٦٥

(١١) راجع بند ٢٢٥ ص ٢٢٥ وبند ٢٤٤ ص ٢٤٤ وبند ٢٥٠و٢٥٩ و ٢٦٧ و ٢٦٨ وخصوصا بند ٣٢٦ في الاثبات بالكتابة وبند ٣٩١ مكررا فى شرح القاعدة تحت الالتزامات

(١٢) دايسى قاعدة ١٨٢ ص ٦٦١ وشرحها ص ٦٦٤ ..

المصرية فى قضية الروسى الارثوذكسى التى وردت فى بند ٣٧٤ (ص ٤٨٢) حيث قررت محكمة الاستئناف المختلطة « انه عند ما يقوم المانع من طلب التفويض وعلى الخصوص اذا كان الطرفان فى الخرطوم أثناء حوادث الثورة وفى وقت كانت فيه المواصلات مع مصر مقطوعة ، يعتبر الزواج صحيحاً »

الدفاع عن شكل بلد العقد

واذا صرفنا النظر عن حالة تعذر عقد الزواج طبقاً للشكل المقرر فى قانون الاحوال الشخصية فان الشكل المتبع فى البلد الذى حصل فيه الزواج بالفعل يعتبر دائما شكلا صحيحاً يجعل الزواج صحيحاً وذلك للسببين الآتيين : —

أولا : نظراً لكون أغلب قوانين العالم بخصوص الزواج يجعل الشكل المحلى مقبولا ويقر بصحة الزواج الحاصل على مقتضاه ، واذا استعملت نظرية الاحالة (بند ٢٩٦ ") فى هذه النقطة أدت الى تصحيح الزواج

ثانياً : نظراً لكون قاعدة خضوع العقد لقانون بلد تحريره قاعدة محترمة بصفة مطلقة بصرف النظر عن استعمال الاحالة أو عدم استعمالها كما سيتوضح فى بند ٣٩١ مكرراً

ولقد رأينا بكل وضوح فى بند ٢٥٠ ان شكل العقود أو التصرفات الاختيارية على العموم ليس مما يجب حتما ان ينطوى تحت نظرية « شخصية القوانين » وانه احد الاستثناءات الثلاثة لهذه النظرية بمعنى أن العمل الاختيارى يجب ان يعتبر صحيحاً فى الشكل اذا كان صحيحاً طبقا لقانون الجهة التى حصل فيها وهذا أكبر دليل قاطع على صحة الرأى الذى نقول به

ومع ما تقدم فان الشكل المحلى قد يكون فى بعض الاحوال مستحيلا فلا يكون ثمت وجه لتطلبه لصحة الزواج كما اذا كان الزواج حاصلا فى بلاد متوحشة أو لم تصل اليها أنوار المدنية ولم يوجد فيها شكل محلى مقبول عند الامم المتمدينة أو كان الشكل مما تأباه الآداب العامة للطرفين فلا يستطيعان الالتجاء اليه

ففى هذه الاحوال النادرة يترك الامر لتقدير القاضى للظروف التى كانت

محيطة بالطرفين وما كان ممكنا وهل يعتبر الزواج قد حصل بالفعل أم لا فيلتفت الى نية المتعاقدين وما قاما به من الاقوال المثبتة لتلك النية مع مراعاة قانون احوالهما الشخصية بالنسبة للاهلية وغيرها من الشروط ويمكن اعتبار القاعدة العامة فى هذا الموضوع من حيث الشكل ، حيث لا يوجد شكل محلى مقبول يلتجأ اليه ، اقرار كل من المتعاقدين الحاضرين بقبوله الزواج per verba de prœsenti ولو بغير حضور رئيس دينى[١٣]

بحث فى الشكل الاسلامى

ويظهر لنا أن هذه الصعوبات لا يمكن أن تنهض اذا كان الزواج اسلامياً بأن كان الزوجان مسلمين أو كان الزوج مسلماً أو حصل الزواج فى ديار اسلامية مهما كانت ديانة الطرفين وذلك لأن كل شكل من الاشكال يمكن رده الى الشكل المقرر فى الشريعة الغراء وهو الايجاب والقبول بحضور شاهدين

ويلاحظ أن هذا الشكل ليس دينياً بالمعنى المعروف عنـد المسيحيين لان اتباعه لا يستلزم مراعاة طقوس دينية بالمعنى المذكور فهو شكل مدنى راق ولا يستنكره مسيحى ولا غيره[١٤]

ويعتبر الشكل الاسلامى فى مصر هو الشكل المحلى (الاقليمى — أى بالنسبة لـكل شخص يريد أن يتزوج عليه) ويصح أن يتزوج عليه كل من يشاء بدون تمييز من حيث الجنسية أو الديانة ويكون الزواج صحيحاً على مقتضاه ، وعلى مقتضى القوانين الاجنبية المعروفة باعتباره الشكل المحلى فى مصر وقد حكمت المحاكم المختلطة بناء على ذلك بأن الزواج الحاصل فى مصر على يد أحد قضاة المحاكم الشرعية بين فرنسى وفرنسية أو أجنبية هو زواج صحيح طبقاً للقانون الفرنسى (ص ٤٨٥)[١٥]

زواج فرنسى أمام القاضى الشرعى

---

(١٣) قارن دايسى ص ٦٧١ و ص ٧٨٢ وستليك وبنتوبتش بند ٢٦ ص ٦٣

(١٤) قارن ما رواه الاستاذ عبد الحميد مصطفى باشا المستشار الملكى فى محاضرته المنشورة فى مجلة « مصر العصرية » السنة التاسعة ص ٣١١ — ٣٢٩ بعنوان شكل زواج الاجانب فى مصر

(١٥) محكمة مصر المختلطة فى ٩ يونيه ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٧١ نمرة ٢٨٩

زواج فرنسى أمام بطركخانة

كذلك حكم بأن زواج فرنسى ديانته اليونانية الكاثوليكية ، بامرأة من أهل ديانته أمام بطركخانة هذه الديانة هو زواج صحيح نظراً لكونه حاصلا طبقاً للشكل المتبع فى مصر بالنسبة لاهل الديانة المذكورة (١٦)

خلاصة

وعلى ذلك يكون الشكلان الاسلامى واليونانى الكاثوليكى صحيحين فى الحالتين المذكورتين طبقاً للمادة ١٧٠ مدنى فرنسى لانهما شكلان متبعان فى مصر

ويكون الشكل الاسلامى مقبولاً فى كل الاحوال والشكل الدينى الآخر مقبولا كلما كان الطرفان تابعين للدين الذى اختارا شكله أو كان الزوج بالاقل تابعاً لذلك الدين

ماممنى الشكل ؟

٣٧٦ — ما معنى الشكل فى الزواج ؟ تحديد معنى الشكل وما يدخل تحته وما لا يدخل من الامور التى يبينها القانون الذى يحكم الزواج نفسه وهو قانون جنسية الطرفين أو موطنهما أو دينهما (١) وهذا القانون هو الذى يحصل بمقتضاه التمييز بين الشروط المتعلقة بالاهلية والشروط المتعلقة بالشكل فأما شروط الاهلية فالمرجع فيها الى القانون الشخصى من كل الوجوه مع استثناء ما يعتبره قانون المحكمة متعلقاً بالنظام العام (بند٣٧٣) وأما الشروط المتعلقة بالشكل فانها وان كان تحديدها متوقفاً على القانون الشخصى أيضاً الا أن تحقيقها أى حصولها بالفعل يصح أن يرجع فيها الى قانون الجهة التى تم فيها الزواج بالفعل طبقاً لقاعدة خضوع الاعمال

---

(١٦) الحكم السابق وقد تزوج الرجل بامرأتين : الاولى تزوج بها امام القاضى الشرعى فى بورسعيد سنة ١٩٠٥ ثم طلقها (ولكن هـذا الطلاق غير صحيح طبقا للقانون الفرنسى لان الزواج الذى انعقد صحيحاً طبقاً لقانون الجهة لا ينحل الا طبقا للقانون الفرنسى بعد رفع دعوى للاسباب التى يجيزها هذا القانون — راجع بند ٣٨٢) وتزوج بالثانية أمام بطركخانة اليونان الكاثوليك فى اسكندرية سنة ١٩٠٦ ثم حكم بعد ذلك ببطلان هذا الزواج من محكمة روما الدينية التابعة اليها البطركخانة وسبب الدعوى كان طلب تعويض قدم من الزوجة الثانية ضد تركة الزوج فرفضته المحكمة المختلطة نظرا لكون الزوج كان معتقداً ان زواجه صحيح لان طلاقه صحيح وان نفس رجال الدين الذين عقدوا العقد الثانى كانوا معتقدين صحة الطلاق

[٣٧٦] (١) راجع فى ذلك نظرية التكييف القانونى بند ٢٧٨ وما بعده وخصوصاً بند ٢٨٢

الاختيارية من حيث الشكل لقانون الجهة التى تمت فيها تلك الاعمال (بند ٣٩١ مكرراً)

فى القانون الانجليزى : وقد حفظ التاريخ فى هذا الموضوع فى انجلترا قاعدتين غريبتين سببهما أن الاحكام الانجليزية القديمة كانت تجعل الاهلية والشكل معاً محكومين بقانون الجهة التى حصل فيها الزواج فلما حصل التمييز والفصل بين الاهلية والشكل استمرت مع ذلك المحاكم الانجليزية على بعض النتائج القديمة وظلت تعتبر أخذ رضاء الوالدين أو غيرهم والاعلانات اللازمة عن الزواج من ضمن مسائل الشكل واستبقتها خاضعة لقانون الجهة التى يحصل فيها الزواج مع أن هذه المسائل متعلقة بالاهلية فى الواقع لأن الشخص الذى لا يستطيع الزواج بغير رضاء ذويه يكون ناقص الاهلية ويكون زواجه باطلا بدون ذلك الرضاء

رضاء الوالدين

الهرب من القانون

كذلك ظلت المحاكم الانجليزية تعتبر الزواج الصحيح الشكل طبقاً لقانون البلد الذى عمل فيه صحيحاً فى كل جهة حتى لو تبين أن الطرفين لم يذهبا لعقد زواجهما فى البلد المذكور الا هرباً من الشروط المطلوبة فى قانونهما الشخصى من حيث رضاء ذويهم والاعلان عن الزواج أو غير ذلك ، أو للالتجاء الى الشكل البسيط الذى يجيزه قانون البلد الذى حصل فيه الزواج [2] وبناء على ذلك تعتبر المحاكم الانجليزية زواج الاجانب (الفرنسيين مثلا) صحيحاً اذا حصل فى انجلترا طبقاً للمقتضيات الشكلية الانجليزية ولو لم يحصلوا على الرضاء اللازم لعقد الزواج المذكور من ذويهم طبقاً لقانونهم الشخصى وحتى فى حالة كون هؤلاء الاجانب قد التجأوا الى انجلترا لعقد الزواج فيها فراراً من حكم قانونهم الشخصى وحتى لو حكمت محاكمهم الشخصية ببطلانه ؛ وهاتان القاعدتان يجب كما قدمنا اعتبارهما من آثار عدم التمييز السابق بين الاهلية والشكل فلما حصل التمييز بقيت القاعدتان

---

(٢) دايسى ص ٦٦٤ و ٦٦٥ وراجع هنا بند ٢٨٢ حاشية ٢ فى تفصيل مسألة الرضا فى القانون الفرنسى . ولاحظ ان النقطة التاريخية المذكورة هى التى تفسر ما تحكم به المحاكم الانجليزية للآن فى موضوع الشكل فى الزواج وما رويناه فى الحاشية المذكورة

كما كانتا ولم يؤثر عليهما التمييز المذكور فوجب النظر اليها باعتبارهما شاذتين من شواذ القوانين الانجليزية وقد انتقدهما علماء انجلترا أنفسهم[٣] وسيرد شرح القاعدة الثانية وهى عدم الاعتداد بالغش الحاصل نحو القانون الواجب تطبيقه ، ونقد هذه القاعدة فى بند ٣٩٢

التوكيل بالزواج

ويدخل تحت شكل الزواج البحث فى هل يجوز حصوله بواسطة وكيل ؟ معلوم أن الشريعة الاسلامية الغراء تجيز للزوجين أن يوكلا من شاءا وللولى اباً كان أوغيره أن يوكل بنكاح من له الولاية عليهم (٥٧ ›› من الاحوال الشخصية) بعكس القوانين الاجنبية فانها على ما نعلم لا تجيز التوكيل فى عقد الزواج مطلقاً بل يعتبر الزواج غير منعقد اذا لم يشترك فيه كل من الزوجين بنفسه و بدون وكيل وينبنى على خضوع الشكل لقانون محل العقد جواز زواج الاجانب والاجنبيات على الخصوص ، فى مصر بواسطة وكيل يحضر عنهم أوعنهن أمام القاضى الشرعى ويعتبر العقد صحيحاً بناء على هذه القاعدة

أموال الزوجين

٣٧٧ — تأثير الزواج على أموال الزوجين : هـذا الموضوع غريب جداً بالنسبة للطلبة المصريين وعلى الخصوص المسلمين الذين تجعل شريعتهم أموال المرأة مستقلة عن أموال الزوج من حيث الملكية والايراد ومن حيث الادارة كما أنها لا تقلل من حقوق المرأة على أموالها ولا تحجر عليها فى تصرفاتها ولا فى المقاضاة أمام المحاكم بشكل من الاشكال (ص ٤٢٥) ويكفى لمعرفة صعوبة هذا الموضوع وتنوع أبحاثه مراجعة نصوص المواد ١٣٨٧ الى ١٥٨١ من القانون المدنى الفرنسى والمواد ١٣٦٣ الى ١٥٦٣ من القانون المدنى الالمانى مثلا

نظام الزواج

وتسمى مجموعة القواعد التى تضبط شؤون الزوجين من الوجهة المالية « نظام الزواج » régime matrimonial والمقصود به النظام المالى للزوجية وهو يشمل

---

(٣) دايسى ص ٦٦٤ حاشية y حيث يقول ان القاعدة الاولى منتقـدة منطقيا للاسباب التى قدمناها وقارن وستليك و بتنويتش بند ٢٥ ص ٥٩ — ٦٣

القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وايرادات الاموال المذكورة وادارتها والانتفاع بها ومن حيث الديون التي يقترفانها قبل الزواج واثناءه وبعد انحلال عقدته ، وتسوية حقوق كل من الزوجين أو ورثتهما بعد انتهاء الزوجية

النظام القانونى

ويفرض بعض القوانين نظاماً قانونياً يكون نظاماً واجب الاتباع بالنسبة للزوجين اللذين لا يتفقان على نظام آخر ويسمى النظام القانونى Le régime légal فاذا اتفق الزوجان على نظام معين سمى النظام المتفق عليه Régime conventionnel وكثيراً ما يحدد القانون أنواع النظم التي يجوز الاتفاق عليها فلا يجوز الخروج عنها بل يجب اختيار أحدها . فاذا ما أراد الطرفان اختيار نظام يتفقان عليه فيجب عليهما أن يحررا عقداً خاصاً يأخذ شكلا خاصاً ويطلق عليه لفظ مختصر غامض هو « عقد الزواج » Le contrat de mariage أو Marriage contract or settlement والمقصود به العقد المتعلق بالمال دون العقد الذي يحصل بمقتضاه الزواج نفسه وهذا يطلق عليه لفظ وثيقة الزواج acte de mariage فلا تضاف اليه كلمة « عقد » فاذا أضيفت انصرف الى الاتفاق على المال ويمكننا أن نصطلح هنا على تسمية العقد المالى الخاص بالزواج « مشارطة الزواج » ويكون الغرض منها المشارطة المالية قياساً على التسمية الافرنجية ويجب دائماً لصحة هذه المشارطة أن تتخذ شكلا خاصاً يأتى الكلام عليه فى بند ٣٨٠ كما يجب فى كل الاحوال أن يكون الطرفان فيها أهلا للتعاقد والتصرف طبقا لقانون الاحوال الشخصية التابع اليه كل منهما

مشارطات الزوج

نظام الاشتراك

هذا والنظام القانونى المقرر فى فرنسا هو نظام اشتراك الزوجين Régime de la communauté وهو يسرى فى حالة عمل مشارطة باطلة وفى حالة عدم عمل مشارطة بالكلية وللزوجين أن يتفقا عليه ولهما أن يعدلا فيه بأن يقصراه على بعض المال دون البعض الآخر وقد جرت العادة الآن بأن يقصراه على الاموال التى تقتنى أثناء الزوجية ويسمى حينئذ communauté réduite aux acquêts

ومن خصائص هذا النظام وجود مال مشترك masse commune يتكون من أموال مشاعة مملوكة للزوجين بحق النصف لكل منهما فى العادة ويجب أن يبقى على حالة الشيوع هذه طول مدة الزواج وهذا المال المشترك هو الذى يطلق عليه لفظ مجموعة الاموال la communauté وهى موضوع شركة أموال société de biens من نوع خاص ويصح أن تتكون الاموال المذكورة من مال الزوجين أو من جزء من أموال كل منهما وهذا هو الغالب . وتكون ادارة الاموال المشتركة للزوج وله عليها سلطة تكاد تشبه سلطة المالك . وتسمى الاموال الغير المشتركة « خاصة الزوجة » les propres des la femme وللزوج ادارتها ، وأرباحها للمال المشترك ، لا للزوجة خاصة

وللزوجين أن يتفقا فى « مشارطة الزواج » على أى نظام آخر من النظم الثلاثة الآتية : —

نظام عدم الاشتراك

أولا — نظام عدم الاشتراك régime sans communauté ويختلف هذا عن النظام السابق بعدم وجود أموال مشتركة ولكن يتفق معه فى أن ادارة أموال الزوجة وأرباحها تكون للزوج

نظام الانفصال

ثانياً — نظام انفصال الاموال régime de la séparation des biens ويتفق هذا مع النظام السابق فى عدم وجود مال مشترك ويختلف عنه فى أن المرأة تكون حائزة لجزء من الاهلية فى ادارة مالها ويكون الايراد لها ولا ينتفع به الزوج

نظام « الدوط »

ثالثاً — نظام الدوط régime dotal وهذا نظام انفصال يمتاز بوجود ما يسمى « الدوط » وهى أموال تأتى بها الزوجة وتقدمها لزوجها فيحصل على ارباحها أو ايراداتها وقد يحصل على ملكيتها وأموال الدوط غير قابلة للتصرف فيها ولا للحجز عليها والاموال الخارجة عن الدوط تسمى أموال الزوجة biens paraphernaux[1]

وقد تحررت المرأة الفرنسية نوعاً ما من هذه القيود بمقتضى القانون الصادر

[٣٧٧] (١) بلانيول ٣ س ٥ بند ٧٦٧ — ٧٧٠ وفيما يتعلق بملكية الزوج الايطالى للدوط المكونة من مثليات راجع س م ٢٧ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٦٦ نمرة ١١٠

فى ١٣ يوليه ١٩٠٧ الذى منح الزوجة حقاً مطلقاً على ما تكتسبه من عملها وتجنيه من ثمار تعبها فجعله بعيداً عن حكم الزوج وأطلق لها الحرية فى التقاضى والتعامل بخصوصه (راجع ٣٦٠ حاشية ١٠ ص ٤٢٥)

فى المانيا — وقد كانت النظم الجائزة فى المانيـا قبل قانون سنة ١٩٠٠ تقرب من مائة فادخل القانون الجديد « نظام عدم الاشتراك » وجعله النظام القانونى وجعل جميع مال الزوجة تحت ادارة الزوج وكذلك جميع ايراد الزوجة ملكا للزوج ما عدا ما تكتسبه الزوجة من كدها وما أبعدته بالاتفاق عن متناول يد الزوج من الاموال التى استبقتها لنفسها بمشارطة الزواج أو نص القانون على حفظها لها[٢]

ويلاحظ أن لكل نظام من النظم المذكورة قواعد وتفاصيل كثيرة يصعب ادراكها على من لم يمارس دراستها فى القوانين الاجنبية الخاصة بها وقد أصبحت هذه النظم عتيقة وغير ملائمة للافكار الحديثة التى تصبو الى تحقيق حرية النساء واستقلالهن ومما يلاحظ بمزيد السرور ان اتجاه التشريع الحديث الآن سائر نحو تقرير نظام انفصال الاموال وهو النظام المقرر فى الشريعة الاسلامية الغراء[٣]

القانون الذى يحكم الاموال — **٣٧٧ مكررا — القانون الذى يحكم أموال الزوجين** : نصت المادة ٤ م على أن المسائل المتعلقة بالزواج تبقى من اختصاص قضاة الاحوال الشخصية ومن هذه المسائل ما يتعلق بأموال الزوجين وتأثير الزواج عليها فكل ذلك داخل فى اختصاص قضاة الاحوال الشخصية وهو محكوم أيضا بقوانين الاحوال الشخصية كما بيناه فى بند ٣٧٠

هو القانون الشخصى — وقد حكمت بذلك المحاكم المختلطة فقررت بان جميع النصوص القانونية المختصة بنظام الاموال بين الزوجين والاجراءات والشروط اللازمة لعقود انشاء « الدوط » والمشارطات المالية الاخرى وكذلك الالتزامات الناشئة عنها ، كل ذلك

---

(٢) مادة ١٣٦٣ — ١٣٧٠ مدنى المانى

(٣) قارن مثلا ماروا، پلانيول ٣ بند ٧٧٣ والحاشية عليه وبند ٩٩٢

جزء من نظام الزواج تابع للاحوال الشخصية وغير داخل فى اختصاص المحاكم المختلطة [٤]

فلا محل للنزاع حينئذ اذا كان الطرفان من جنسية واحدة أو ديانة واحدة قبل الزواج فان قانونهما الشخصى المشترك يحكم كل الشؤون المالية بينهما ما داما مقيمين فى البلاد التى يحكمها ذلك القانون ولم تكن لهما أموال ثابتة أو منقولة فى بلاد أخرى

الاحوال المتنازع عليها

ولكن النزاع محتم اذا ما اختلف الطرفان جنسية أو ديناً فيجب البحث عن القانون الذى يجب ان يحكم زواجهما من الوجهة المالية وهو ما سنراه فى بند ٣٧٩ كذلك يجب البحث عن القانون الذى يعمل به اذا ما كان لهما أو لاحدهما أموال فى بلد غير بلدهما الاصلى وهو ما سنراه فى البند التالى

١ : المال فى الخارج

٣٧٨ — الحالة الاولى : للزوجين أموال خارج بلدهما الاصلى — بلد الجنسية أو الموطن :

مبدأ وحدة النظام

كثر الخلاف فى هذا الموضوع فالبعض يعتبر آثار نظام الاموال بين الزوجين غير قابلة للتجزئة بمعنى انها تكون محكومة بقانون واحد مهما تعددت البلاد التى يكون للزوجين فيها أموال ثابتة أو منقولة ؛ ويضطر اصحاب هذا الرأى الى مراعاة قواعد النظام العام فى كل الاحوال التى لا يصح فيها تطبيق القانون الاجنبى ، كما فى حالة العقارات الواقعة فى بلاد أجنبية فانهم يراعون قوانين هذه البلاد ويفرقون بين البلاد التى لا تمانع فى تطبيق القانون الاجنبى والبلاد التى تمانع فيه [١]

---

(٤) س م ٧ يونيو ١٨٩٣ ج ت م ٥ ص ٢٩٨

[٣٧٨] (١) قارن ڤاليرى بند ٧٨٢ ص ١١٣ وبيليه ونيبوابيه بند ٥٢٠ ص ٦٠٠ و ٦٠١ حيث يقولان بان الاحكام الفرنسية تعتبر النظام المالى غير قابل للتجزئة الا فيما يتعلق بالاحوال العينية المحضة le pur statut réel ثم يقولان بوجوب اعتبار قانون موقع العقارات لحد محدود مثال ذلك ان نظام الدوطة لا يكون محترما فى بلد يجهل عدم التصرف فى الدوطة وكذلك بالنسبة للرهن التأمينى المقرر فى القانون الفرنسى مثلا للزوجة على اموال زوجها تأميناً

مبدأ التفريق

ويرى آخرون وجوب التميز من أول الامر بين المنقولات والعقارات . فالمنقولات تخضع دائما لحكم القانون الذى يحكم الزواج [٢] بعكس العقارات فان الحكم فيها يختلف باختلاف النظام العقارى فى البلاد التى توجد فيها العقارات مثال ذلك انجلترا وامريكا حيث يقضى القانون بعدم خضوع العقارات لحكم أى قانون أجنبى بأى شكل من الاشكال فلا يسرى عليها « النظام القانونى » الاجنبى للزواج ولا يسرى عليها « مشارطات الزواج » المعقودة طبقا لاى قانون أجنبى الا اذا استوفت الشكل المطلوب فى قانون موقع العقار ولم يكن فيها ما يخالف أصوله وقواعده [٣]

طبيعة نظام « الدوطه »

وقد اختلفت المحاكم المصرية فى الحكم فى طبيعة نظام « الدوطه » وعدم التصرف الناشىء عنه L'inaliénabilité du fonds dotal هل يعتبر من مسائل الاحوال الشخصية أم من مسائل الاحوال العينية [٤] فقضى بعض الاحكام بانه

رأى أول

من مسائل الاحوال العينية statut réel وعلى ذلك يجوز للزوجة ان تقيد نفسها وتلتزم فى أموالها ولو كانت تلك الاموال داخلة ضمن « الدوطه » التى لا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها طبقا للقانون الشخصى ، ما دامت هذه الاموال

لها على حسن ادارته لاموالها فانه لا يعتبر اذا كان النظام العقارى فى البلد الاجنبى لا يبيح الرهون العامة على الاموال لمصلحة عديمى الاهلية . ويجب فى نظرهما على كل حال الالتفات الى وجوب التسجيل فى الجهة التى يراد التمسك فيها بمشارطة الزواج وهذه نقطة هامة جداً

(٢) دايسى ، القاعدة ١٨٤ ص ٦٨٥ وبار ص ٤٠٦

(٣) بار ص ٤٠٦ وقارن دايسى ص ٦٨٥ ووستليك وبلنوبتش نمرة ٣٨ ص ٧٦ وراجع ما ذكرناه فى الحاشية الاولى هنا

(٤) وأهمية هذا السؤال ظاهرة لانه اذا كان الامر من شأن الاحوال الشخصية وحدها فيتبع حكم القانون الشخصى فى مصر بين الزوجين ، وبينهما وبين الغير بدون ان يلزم الزوجان باتباع القانون المدنى المصرى فيما يتعلق بتسجيل مشارطة الزواج فى المحكمة أو المحاكم الكائنة بدائرتها العقارات المختلفة ، بعكس ما اذا كان الامر من شأن الاحوال العينية فان اتباع القانون المدنى يكون واجبا كما تقدم والواقع انه لا يمكن الثبات على أحد هذين الرأيين بصفة مطلقة نظرا لكون المادة مادة احوال شخصية من جهة ومرتبطة بالنظام العقارى من جهة أخرى — قارن بند ٢٢٧ فيما يسميه أرجانتريوس « الاحوال المختلطة »

خارجة عن الاقليم الذى يسود فيه القانون الشخصى المذكور وواقعة فى اقليم آخر مثل مصر حيث لا يوجد ما يمنع قانونا من التصرف فى الاموال المذكورة[٥] وقد حكم أيضاً بأن عدم التصرف الناشئ عن قانون الاحوال الشخصية لا يعتبر ذا قيمة ضد الغير اذا لم تكن مشارطة الزواج مسجلة فى مصر وذلك لان عدم التصرف هذا يعتبر عبئاً على العقار يكاد يشبه الحق العينى ولذلك يجب تسجيله حتى يحتج به على الغير الذين يعتبرون غير عالمين به من قبل التسجيل [٦]

رأى ثان — وقضى البعض الآخر بأن نظام الدوط هو جزء من قوانين الاحوال الشخصية فى مصر [٧] وأنه خارج عن حكم القانون المدنى الذى لا ينظم المسائل المالية بين الزوجين كما أنه لم يبين قواعد التوريث بل جعل كلامنهما خاضعاً للقانون الشخصى وأنه يجب ألا يشذ مطلقاً عن هذه القاعدة الا اذا نص القانون على ذلك صراحة كما حصل فى المادة ٧٨ م م التى نصت على عدم مساس احكام فسخ الملكية العقارية وردّها لمستحقها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً أو نحو ذلك ، بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه ولا بحقوق الدائنين المرتهنين اذا كانوا حسنى النية ولم ينص القانون المصرى على استثناء ما فيما يتعلق بأموال

---

(٥) س م ٣٠ مايو ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢٨٢

(٦) اسكندرية المدنية فى ٣ نوفمبر ١٩١٤ جازيت ٥ ص ١٥ نمرة ٣١ وقد قرر هذا الحكم ان القوانين الاجنبية الحديثة أوجبت تسجيل المشارطة المشتملة على الدوط مثال ذلك المادة ٩٤٣ فقرة ثانية من قانون البرتغال فانها تذكر الدوط من ضمن الحقوق العينية الواجب اعلانها بالتسجيل حتى تسرى ضد الغير ، راجع أيضاً الرأى الوارد فى حاشية ١

(٧) ومبنى هذا الرأى اعتبار « عدم التصرف » ناشئا عن عدم الاهلية وبذلك يحفظ العقار فى العائلة وهناك رأى آخر أساسه ان عدم التصرف لا يدخل لا فى الاحوال الشخصية ولا فى الاحوال العينية وانه مبنى على « ارادة المتعاقدين » التى يجب احترامها فى العقود وقد جرت المحاكم الفرنسية على اعتبار عدم التصرف فى العقار المكون للدوط من المسائل العينية وانها محكومة بقانون موقع العقار (راجع الاحكام الواردة فى كلونيه سنة ١٨٩٩ ص ٣٤٧)

الدوطـ فوجب اعتبارها خاضعة بصفة مطلقة الى قانون الاحوال الشخصية (٨)

ملاحظات

ونحن نرى أن القانون المصرى ناقص فى هذا الموضوع نقصاً فاحشاً وأن القول بأن عدم التصرف الناشئ عن نظام الدوط أو نحوه هو من المسائل العينية البحتة قول غير صحيح بدليل أن المشرع لو اعتبره كذلك لـكان قد نص عليه فيما يجب الاعلان عنه أو تسجيله فى مصر أو كان قد استثناه من حكم الاحوال الشخصية كما فعل فى المادة ٧٨ بالنسبة لفسخ الحقوق الناشئ عن المواريث (بند ٣٨٦) وفوق ذلك فانه ليس لهذه البلاد نظام إقليمى فى الموضوع يصح أن يكون هو المتبع فى حالة عدم الاتفاق على غيره ولأن استقلال الزوجين فى العلائق المالية المقرر فى الشريعة الغراء لا يسرى على غير المسلمين فـكان من المحتم القول بان جميع ما يدخل فى النظام المالى بين الزوجين وما ارتبط به هو من أمر قانون الاحوال الشخصية الذى يحكم الزواج ومع ذلك فلا مناص من الاعتراف بان اتباع القانون الشخصى بصفة مطلقة يستلزم حتما التأثير على النظام العقارى المصرى تأثيراً ضاراً لانه يؤدى الى تطبيق قوانين أجنبية غير معلومة فى مصر وغير معلن عنها فى مصر بشكل من الاشكال ، على سكان القطر و بشأن عقارات كائنة فى القطر و بدون أن تدل دفاتر التسجيل المحفوظة فى مصر على ماهية النظام الذى تقرره القوانين الاجنبية المذكورة ، كما قد يؤدى الى اجبار

---

(٨) محكمة اسكندرية المدنية ١٦ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٥٧ نمرة ١٦٨ وقد استند الى حكم سابق صادر من الاستئناف المختلط فى ٢٢ يناير ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ١٧٨ جازيت ٤ ص ٦٤ نمرة ١٥٧ قضى ضمنا بان عدم التصرف فى أموال الدوط يسرى على العقارات الموجودة فى مصر وان مبدأ عدم التصرف فى الدوط وهو المميز الوحيد لنظام الدوط هو من النظام العام ولا يجوز مطلقاً التصرف فى الاموال التى يشملها • فى غير الاحوال المنصوص عليها فى قانون الاحوال الشخصية الخاص بالزوجين ولذلك يصح للزوجة ان ترفع دعوى ببطلان الحجز الحاصل على أموال الدوط وتعتبر بمثابة دعوى استحقاق من نوع خاص لا ترمي الى طلب الحكم بالملكية وانما تكون الاموال داخلة فى الدوط وممنوعا التصرف فيها ، وبما ان التصرف الاختيارى غير جائز فـكذلك الامتناع أو الاهمال المؤدى الى بيعها بواسطة الدائنين غير جائز

السكان على احترام عقود واتفاقات خاصة بالعقارات المصرية وبدون أن تتبين طبيعتها ومراميها من دفاتر التسجيل المصرية — ومن المقرر الثابت الآن أن التصرفات العقارية وما يلحق بها يجب حتما أن تكون موضع العلنية فى كل بلاد العالم المتمدين حتى يأمن الناس على حقوقهم على العقارات ولذلك كانت حماية القانون لسكان مصر واجبة لمنع حقوقهم من الضياع اذا لم تكن الحقوق الناشئة عن الاحوال الشخصية معلومة لديهم شخصياً أو بالاقل ظاهرة من دفاتر التسجيل وغير خاف انه اذا أريد التمسك ضد الدائنين بكون العقار غير قابل للتصرف فيه فكان يجب بالاقل أن يمكن القانون هؤلاء الدائنين من التثبت من حالة نظام أموال الزوجية حتى يتمكن الدائن من معرفة مقدار الثقة التى يمنحها للمتزوجين

الرأى الصحيح : فحص كل حالة على حدة

ولذلك كان من الواجب فى نظرنا دائماً فحص ظروف كل قضية على حدتها لمعرفة أى الطرفين فيها أحق بحماية القانون : ألمرأة التى تدعى دخول العقار المصرى ضمن الدوطة أو نحوها ، أم الطرف الآخر الذى يريد أن يدعى حقاً يتنافى مع ما يقرره قانون أحوالها الشخصية بالنسبة للعقار المذكور مثال ذلك فى القضية التى انتهت بحكم اسكندرية الوارد فى الحاشية السابقة كان الخصم تابعاً للقانون الشخصى الذى هو قانون المرأة لأنهما جميعاً من ديانة اليونان الارثوذكس والمفروض أنه يعلم بطبيعة العقار وكونه داخلا فى الدوطة [٩] وفى القضية التى انتهت بحكم ٢٢ يناير ١٩١٤ المشار اليه فى حاشية ٨ كان عقد شراء العقار موضوع النزاع مسجلا فى المحكمة المختلطة وهو عقد رسمى مبين فيه أن نقود الدوطة هى التى دفعت ثمناً

---

(٩) قالت المحكمة فى هذه النقطة « وعلى كل حال فان الداش الطالب ايسا كيدس لا يمكنه أن يدعى جهله بنظام الدوطة الذى يعيش عليه الزوجان مافريدس وهما أولاد عمه لانه هو أيضاً يونانى ارثوذكسى من رعية حكومة اليونان وان العقد الذى به جعل العقار داخلا فى الدوطة وهو المحرر أمام بطركخانة اليونان الارثوذكس قد ذكر فى عقد الرهن بصفته سند ملكية الراهن وهو اسكندر مافريدس فى عقد الرهن الاول» جازيت ٧ ص ٥٧ نمرة ١٦٨ المذكور فى الحاشية السابقة

للعقار وكان هذا التسجيل السبب الذى اعتمدت عليه المحكمة فى حكمها باحترام طبيعة العقار الظاهرة من تسجيل عقده[١٠] أما اذا كان الطرف الآخر حسن النية بمعنى أنه لم يكن ليعلم بحكم القانون الشخصى وكانت ظروفه لا تسمح له بمعرفته فلا يكون ثمت محل لحماية المرأة التى كان يجب عليها لكى تنتفع من نصوص قانونها الشخصى المطبقة على عقار كائن فى مصر أن تتخذ من اجراءات النشر أو الاعلان أو الاخبار ما يسمح للغير بالوقوف على حقيقة الحال[١١] وذلك لأن مسألة عدم جواز التصرف هى كما قدمنا من الحقوق التى وان نشأت عن الاحوال الشخصية فانها تثقل العقار وكان يجب أن تظهر من دفاتر التسجيل المحفوظة فى المحكمة الكائن بدائرتها العقار طبقاً للنظام المقرر للعقارات فى مصر[١٢]

هذا ولا يفوتنا هنا أن ننوه بالفوائد الجليلة التى تترتب على نصوص القانون التجارى المصرى الواردة فى المواد ٦/٢٠ الى ١٠/٢٤ المنظمة لعلانية النظام المالى فى زواج التجار حيث أوجبت على كل تاجر أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة بالنظام المالى الذى يخضع اليه فى زواجه أو يقدم الى القلم المذكور المشارطة المتعلقة بالنظام المالى المتفق عليه بين الزوجين حتى يسجل ذلك كله فى دفتر خاص يطلع عليه الجمهور وقد جعل القانون جزاء عدم الاقرار اعتبار افلاس التاجر بالتقصير (وهو يستدعى الحبس) اذا تبين أن عدم حصول الاعلان السالف ذكره قد نص تجارى

(١٠) راجع المذكرة المنشورة تعليقاً على الحكم فى مج ت م ٢٦ ص ١٨٢

(١١) قارن بند ٣٨١ فيما يتعلق بتغيير النظام المالى بين الزوجين حيث يمس العقارات المصرية

(١٢) فى فرنسا يسجل الزواج نفسه فى سجلات عمومية فى بلد الزوجين ويشار فى ورقة الزواج الى المشارطة المتعلقة بالمال حتى يمكن الرجوع الى موثق العقود الذى حررها والاطلاع على ما يهم معرفته منها طبقاً للقانون ، فاذا لم تحصل الاشارة الى مشارطة الزواج اعتبرت المرأة أهلا للتعاقد طبقاً للقانون العام كما هو وارد فى المادة ١٣٩١ مدنى فرنسى اللهم الا اذا نصت فى التعاقد على أنها قد أمضت مشارطة للزواج . وهذا القيد يؤيد الرأى الذى ذهبنا اليه من وجوب فحص كل قضية على حدتها لمعرفة ما اذا كان هناك تسجيل وفى حالة عدم التسجيل هل يعلم المتعاقد مع الزوجة بوجود مشارطة زواج أم لا ؟

أوجب اعتماد الغير للتاجر وثقته به ثقة لا يستحقها . وكان يجدر بالمشرع المصرى أن يجعل النظام عاماً ويوجب العلانيــة على الجميع سواء كانوا تجاراً أو غير تجار حتى لا يؤخذ الناس على غرة وهم آمنون

قضايا الدوط والنيابة المختلطة

هذا وقد نصت المادة ٦٨ مرافعات مختلط على وجوب تبليغ القضايا المتعلقة بالنساء التى يترافعن بشأن « الدوط » التى لهن ، الى النيابة العمومية فى المحاكم المختلطة حتى تبدى النيابة رأيها فى تلك القضايا (١٣)

الرهن القانونى للمرأة المتزوجة

ويرتبط بهذا الموضوع بيان موقف الاحكام المصرية فيما يتعلق باجازة الرهن التأمينى القانونى المقرر فى بعض القوانين الأجنبية لصالح الزوجة على أموال زوجها تأميناً لها على حسن ادارته لأموالها وهو رهن عام على جميع أموال الزوج ويقر به للمرأة بلا حاجة لتسجيل خاص على كل عقار من العقارات . فقد قيل بان هذا الرهن ضمان خاص تابع لعدم أهلية الزوجة (أو القاصر على العموم) فيجب أن يحكمه قانون الاحوال الشخصية ولـكن هذا الرأى غير صحيح لان هذا الرهن من الحقوق العينية التى تترتب على العقـار ولم يقره المشرع المصرى باى شكل من الاشكال (١٤) وقد استنكرته الاحكام المختلطة (١٥) كما استنكرت امتياز المرأة المسلمة بدين النفقة وتقدمها على الدائنين الآخرين فى التوزيع الذى يحصل أمام المحاكم المختلطة (١٦)

٢ : اختلاف الجنسية او الدين

٣٧٩ — الحالة الثانية : اختلاف الجنسية أو الدين مع عدم وجود مشارطة للزواج : لقد كثر الخلاف أيضاً فى هذه الحالة ولـكن الرأى الذى أخذت به محكمة الاستئناف المختلطة فى الحـكم الوحيد الذى صدر منها فى الموضوع هو الرأى

---

(١٣) المرافعات بند ٣٤٠ و ٣٤١ ثانياً

(١٤) راجع ما ذكره بخصوص هذا الرهن فى حاشية ١ بند ٣٧٨ ص ٤٩٤

(١٥) جرانمولان فى التأمينات بنـد ٣٠٠ ص ٨٢ و س م ١٩ يناير ١٨٨٢ ج د م ٧ ص ٧٥ وراجع التعليق على حكم ٢٢ يناير ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ١٨٢

(١٦) راجع بند ٣٣٠ حاشية ٢ فيما مر وجرانمولان المحل المتقدم

نص الرأى الصحيح قضية دبانه

القائل بخضوع أموال الزوجين فى هذه الحالة لقانون جنسية الزوج[١] وتسمى القضية التى صدر فيها هذا الحكم قضية « دبانه » نسبة الى اسم الخصم فيها وهى أرملة المرحوم يوسف دبانه الذى كان قنصلا لحكومة البرازيل فى مصر وتزوج بها فى قنصلية البرازيل زواجا قنصلياً معتبراً كأنه حاصل فى تلك البلاد ولم يدخلا فى مشارطة زواج فحصل الاختلاف بعد وفاته على تركته بين الارملة والورثة الآخرين واعتبرت محكمة الدرجة الأولى أن الخلاف بشأن الميراث فأوقفت القضية حتى تحكم فيه محكمة الاحوال الشخصية [٢] ورأت محكمة الاستئناف أنه ليس هناك أى خلاف على التوريث لان الخصوم متفقون جميعاً على أن المتوفى برازيلى وأن وراثة التركة تؤول بمقتضى قانونه (٧٧ مم) الى أولاده بالتساوى بينهم دون زوجته وأن الخلاف الوحيد فى موضوع القضية ينحصر فى معرفة القانون الذى يحكم النظام المالى[٣] بين القنصل دبانه المتوفى وأرملته هل هو قانون الزوج أى قانون البرازيل الذى يقضى عند عدم وجود اتفاق خاص أى مشارطة زواج ، باشتراك الزوجين

---

[٣٧٩] (١) على هذا الرأى المادة ٢ من معاهدة لاهى المؤرخة ١٧ يوليه ١٩٠٥ .وسيرد نصها بعد بند ٣٨٢ وكذلك المادة ٦ من القانون المدنى الايطالى والمادة ١٥ من مقدمة القانون المدنى الالمانى والمادة ١٥ من القانون اليابانى الصادر فى سنة ١٨٩٨ . وتحكم المحاكم الفرنسية تارة بقانون جنسية الزوج وتارة بقانون موطن الزوجين بحسب ما تكتشف من «ارادة المتعاقدين» — راجع بيليه ونيبوابيه بند ٥٢١ ص ٦٠١

(٢) حكم اسكندرية المدنيـة المختلطة فى ٢٧ ابريل ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٤٠ نمرة ٣٥٦ الذى قضى بالايقاف ريثما يحكم من جهة الاحوال الشخصية المختصـة ، فى تصفية حقوق الورثة . والواقع كما سيتبين من حكم الاستئناف ان المسألة ليست مسـألة وراثة بل مسألة نظام الزوجية المالى كيف كان وما القانون الذى يحكمه ؟ وهذه النقطة كثيرا ما يحصل فيها التباس كما سيتبين من الحاشية الآتية

(٣) يجب التمييز دائما بين وراثة أحد الزوجين للآخر وبين تأثير الزواج على أموال الزوجين لانه يصح أن يكون كل منهما محكوماً بقانون غير الذى يحكم الآخر وقد لا يكون من السهل التمييز فى كثير من الاحوال بين ما اذا كانت مسألة من المسائل متعلقة بالميراث أو متعلقة بالنظام المالى للزوجية — وستليك وبنتويتش بند ٤٢ ص ٨٢ وساقينى بند ٣٧٩ ترجمة جوترى ص ٢٤٧

بصفة عامة فى كل أموالهما أم هو القانون العثمانى الذى يفصل بين مال كل منهما باعتباره قانون الزوجة وأن هذا الخلاف انما يتوقف فى حله على قواعد الدولى الخاص ولذلك يكون من اختصاص المحاكم المختلطة نظره والحكم فيه باعتباره طبقاً لأقوال المستأنف عليهم تقريراً لأمر واقع question de fait هو معرفة ماهو القانون الذى قصد المتعاقدان الخضوع لحكمه عند الزواج (٤)

الآراء المختلفة

« وحيث أن الآراء المختلفة التى قيل بها فى القانون الدولى الخاص لمعرفة القانون الذى يعمل به فيما يتعلق بالنظام المالى عند عدم اتفاق الزوجين وحصول زواجهما فى الخارج (٥) يمكن حصرها فى ثلاثة : —

الأول : مبنى على « عينية » réalité النظام المالى ويقضى باتباع قانون موقع العقارات ؛

الثانى : مبنى على « شخصية » personnalité النظام المالى ويقضى باتباع قانون جنسية الزوج أو قانون موطنه ؛

الثالث : يقضى باعتبار النظام المالى مما يدخل فى دائرة الاتفاق والتعاقد فيكون محكوماً بارادة المتعاقدين التى يجب الحكم فيها طبقاً للظروف ،

ملاحظات

« وحيث أن الرأى الاول المبنى على فكرة محدودة وعتيقة هى فكرة السيادة الاقليمية والذى قد يؤدى الى المساس بمبدأ عدم جواز تغيير النظام المالى l'immutabilité du régime matrimonial (٦) لا يصح الحكم به فى مصر وهى التى تعترف للأجانب بالامتيازات ، وسيادتها محدودة de souverai-neté limitée وحيث يلتحق فيها النظام المالى بقوانين الاحوال الشخصية وحيث

---

(٤) راجع حاشية ١ ص ٥٠١ وما سيلى فى هذه الصفحة تحت قولنا « الثالث »

(٥) الزواج حصل فى قنصلية البرازيل فى مصر فهو معتبر كأنه تم فى البرازيل (بند ٣٧٤ ص ٤٨١)

(٦) راجع بند ٣٨١ فيما يلى

لا يوجد قانون واحد يحكم الجميع بل يخضع الأجانب فيها لقوانين جنسيتهم والأهالى لقوانين ديانتهم ،

« وحيث أن الرأى الثالث المبنى على ارادة الزوجين المفترضة volonté présumée والذى كان معمولا به فى فرنسا و بلچيكا لغاية سنة ١٩٠٥ يترتب عليه مصاعب جمة فيما يتعلق بالاثبات وبعدم الطمأنينة التى تحيق بكل من يتعامل مع الزوجين من حيث عدم امكان الجزم بماهيـة النظام الذى يعيش عليـه الزوجان وهو رأى لا يمكن قبوله فيما يتعلق بزواج القصّر الذين لا يمكنهم أن يبدوا ارادتهم قانوناً ، ولا بزواج البلّغ الذين أظهروا ارادتهم صراحة فى مشارطة زواج باطـلة لعدم استيفائها الشكل القانونى اذا اشتملت على ما يخالف النظام القانونى الذى يراد فرضه عليهم بالرغم من ذلك[٧]

الرأى الصحيح

« وحيث أن الرأى المنطقى الذى من حسناته الاّ يدع مجالا لأى شك والذى قد يطابق فى الواقع ارادة الزوجين المفترضة ، فى أغلب الأحوال ، هو الذى يجعل النظام المالى للزوجين محكوماً بقانون جنسية الزوج وهو الذى أخذت به معاهدة لا هى المعقودة فى ١٧ يوليه سنة ١٩٠٥ [٨] والمعمول بها قانوناً فى البـلاد التى وافقت عليها ومنها فرنسا والبلچيك [٩] وهى رأى ظاهر السداد لانه من المعقول جداً جعل علائق الزوجين الشخصية وعلائقهما من الوجهة المالية محكومة بقانون واحد . وهذا القانون لا يمكن أن يكون غير قانون الزوج وهو رئيس العائلة . واذا كان بعض المؤلفين يقولون بان هذا القانون هو قانون موطن الزوجية domicile matrimonial وهو موطن الزوج فلا محل للشك فى أن قانون موطن الزوج فى

---

(٧) قارن ماذكرناه فى آخر ص ٤٩١ عن بطلان المشارطة شكلا

(٨) راجع النص بعد بند ٣٨٢

(٩) سحبت فرنسا والبلچيك موافقتهما على هذه المعاهدة ابتداء من أول يونيه سنة ١٩١٤ وهما الآن ليسا طرفين فى أية معاهدات من معاهدة لاهى المعقودة فى سنة ١٩٠٢ أو سنة ١٩٠٥ (الا استثناء بسيطاً) — راجع پيليه ونيبواييه ص ٤٠٢ و٤٠٣

مصر يندمج فى قانون جنسية الزوج طبقاً للاسباب التى ورد شرحها فى الرأى الأول خصوصاً وأن المتوفى الذى كان قنصلا للبرازيل وقت زواجه كان متمتعاً بامتياز مجاوزة الاقليم ولذلك فان قانون البرازيل هو وحده الواجب التطبيق ؛

« وحيث أنه حتى على الرأى الذى تقول بوجوب تطبيقه « مدام دبانه » وهو ارادة المتعاقدين المفترضة فان الحل يكون واحداً . . . . »[١٠]

شكل المشارطة

٣٨٠ — شكل مشارطة الزواج[١] : يعتبر هذا الشكل صحيحاً اذا تم طبقاً لمقتضيات قانون جنسية الزوجين أو قانون جنسية الزوج عند اختلاف جنسيتهما وذلك مستنتج من ترك موضوع الزواج برمته الى قضاة الاحوال الشخصية ليحكموا فيه فيكون الشكل الشخصى صحيحاً وعند اختلاف الزوجين جنسيةً يجب اتباع قانون الزوج باعتباره رئيس العائلة وقد قضت المحاكم بأن مراعاة العادات المحلية فى مصر يقضى بالامتناع عن انكار رسمية مشارطة الزواج الحاصلة أمام السلطة القنصلية التابع اليها الزوج ، والتى تشتمل على تنظيم شؤون الزوجية من الوجهة المالية حتى فى حالة كون المتبرع بالدوط شخصاً من جنسية مختلفة عن جنسية الزوج وحتى لو كانت القنصلية المذكورة لا يصح لها مباشرة عقد الزواج نفسه نظراً لاختلاف جنسية الزوجين[٢] كذلك حكم بان مشارطة الزواج المشتملة على انشاء « دوط » لمنفعة أحد الزوجين من الغير تعتبر صحيحة اذا حصلت أمام القنصلية التابع اليها الزوج[٣] مهما كانت جنسية منشئ الدوط[٤]

---

(١٠) س م ٢٣ مارس ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٢٢ نمرة ٣٨٠ مج ت م ٢٨ ص ٢١١

[٣٨٠] (١) هناك فرق كبير بين مشارطة الزواج contrat de mariage وثيقة الزواج نفسه acte de mariage — راجع بند ٣٧٧ ص ٤٩١

(٢) س م ٥ يونيه ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٩٢ ومج ت م ٢٤ ص ٣٨٢

(٣) تقول الزوج ولكن وقت عقد المشارطة لا يكون زوجا لان المشارطة تتم قبل الزواج نفسه حتما فاذا وقع الزواج قبلها فلا تجوز فى أغلب الشرائع الاجنبية نظرا لانها توجب فى هذه الحالة « النظام القانونى » على الزوجين لعدم التجائهما الى مشارطة زواج من قبله

(٤) س م ٢٢ يناير ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ١٧٩ جازيت ٤ ص ٦٤ نمرة ١٥٧ ثانيا

كذلك تعتبر مشـارطة الزواج صحيحة دائماً اذا عملت طبقاً لقانون البلد الذى وقع فيه الاتفاق عليها وذلك طبقاً للقاعدة المشهورة الخاصة بشكل التصرفات الاختيارية (بند ٣٩١ مكرراً) وينبنى على ذلك أن المشارطات المعقودة أمام اقلام كتاب المحاكم المختلطة تكون دائماً صحيحة كلما تطلب قانون الزوج حصولها بالشكل الرسمى forme authentique وذلك بصرف النظر عن جنسية الخصوم (٥)

انشاء الدوطه
هل هو تبرع ؟

هذا ومن المسـائل المهمة المرتبطة بموضوع شكل مشارطة الزواج ، معرفة وصف التصرف المنشئ للدوطه Constitution de dot على عقـارات كائنة فى مصر : هل يعتبر انشـاء الدوطه من جانب الوالد أو العم أو غيرهما مثلا هبة منه لابنته أو ابنة أخيه واذاً لـكان عقد انشاء الدوطه من العقود التى يجب أن تتخذ الشكل الرسمى طبقاً للمادة ٧٠ مدنى مختلط وغير خاف أن هـذه من مسائل التكييف القانونى الدقيق التى يجب أن يحكم فيهـا القانون الذى يحكم العلاقة القانونية نفسها التى هى موضوع النزاع طبقاً لما اثبتناه فى بند ٢٨٤ ""

وتؤيدنا فى رأينا هذا أحكام المحاكم المختلطة جميعاً فهى لا تبحث فى طبيعة أو صفة انشاء الدوطه الا فى القانون الشخصى الذى يحكم الزواج من حيث الشؤون الماليـة : مثال ذلك — قضت محكمة مصر المختلطة بأن انشاء الدوطه يعتـبر فى القـانون الفرنسى من التصرفات المعقودة بعوض بالنسبة للزوج وقد استنتج من ذلك أن مشارطة الزواج التى تثبتها أو تنص عليها والتى لا يجوز فسخها تحتفظ بهـذه الصفة بالنسبة لمن انشأوا الدوطه ولو كان انشاؤها يعتبر تبرعاً من جانبهم ؛ وأنه فى القانون الالمانى يعتبر انشاء الدوطه دائماً تنفيذاً لالتزام واجب على الابوين ولذلك تبقى له بالنسبة اليهم صفة التصرف بعوض ويترتب على ذلك أن نصوص المادة ٧٠ لا تنطبق فى هـذه الحالة . ومن ثم لا محل للبحث فيما اذا كان عقد

---

(٥) راجع كتاب التنفيذ بند٦٦ ""

انشاء الدوطة قد صيغ فى الشكل الرسمى أم لا [٦] وقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ قائلة ان الدوطة ليست تبرعاً خالصاً ينطوى تحت مادة ٧٠ م م التى تتطلب عقداً رسمياً لصحة الهبات [٧]

كذلك قررت بأن انشاء الدوطة الحاصل طبقاً لالتزام طبيعى ليس هبة لأنه يتضمن الضمان obligation de garantie من جانب من انشأها فيكون صحيحاً وملزماً ولو لم يكن حاصلا فى شكل عقد رسمى [٨]

كذلك حكمت طبقاً للقانون اليونانى بأن الوالد الذى ينشئ الدوطة لابنته لا يقوم بوفاء التزام طبيعى فحسب ولا يعتبر أنه قام بأداء واجب بسيط من واجبات الذمة او الآداب لانه اذا امتنع عن الأداء فان القضاء يجبره عليه بموجب نص صريح فى القانون اليونانى [٩] وقد ذهبت المحكمة فى هذه القضية الى حد بعيد حيث اعتبرت أن تغيير الجنسية والديانة (من اليونانية الى العثمانية الاسلامية) لا يؤثر مطلقاً على حق البنت قبل والدها بل يبقى التزام الوالد قائماً فيجب عليه رغم التغيير المذكور أن يقدم لابنته الدوطة الواجبة لأن حق البنت قد ولد معها ويعتبر بمثابة حق مكتسب لا يؤثر عليه التغيير المذكور ويكون للبنت حق مدنى قبل والدها ما دام حياً أو قبل تركته بعد وفاته [١٠]

وجوب تسجيل حق انشاء الدوطة فى مصر

وعلى كل حال فان عقد انشاء الدوطة على أموال عقارية كائنة فى مصر يدخل حتما تحت العقود الحاصلة بين الاحياء entre vifs الناقلة للملكية ويجب تسجيله ، بناء على ذلك ، فى قلم التسجيل فى المحاكم المختلطة حتى يتسنى التمسك به فيما بين

---

(٦) مصر المختلطة فى ١٩ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٣
(٧) س م ٥ يونية سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٩٢
(٨) س م ٢٦ ابريل ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٢٤ نمرة ٣٧٤
(٩) س م ٢٢ ابريل ١٩٢٠ جازيت ١٠ ص ١٦٥ نمرة ٢١٤
(١٠) الحكم السابق

المتعاقدين وبالنسبة للغير طبقاً لقانونى التسجيل الصادرين فى ٢٦ يونيه ١٩٢٣ بنمرتى ١٨ و١٩

تغيير النظام المالى

٣٨١ — تغيير النظام المالى : هل يجوز للزوجين أن يغيرا فى نظام الزوجية ؟ الجواب ان ذلك لا يجوز الا اذا كان القانون الذى يحكم الزواج يجيز ذلك التغيير . مثال ذلك أن القانون الفرنسى لا يجيز مطلقاً أى تغيير يراد اجراؤه بعد حصول الزواج (١٣٩٥ مدنى فرنسى) ويعتبر هذا المنع من قواعد الحالة الشخصية التى تتبع الفرنسيين فى أيه جهة يكونون . ولكن اذا أجاز القانون الشخصى التغيير فلا يكون ثمت مانع منه فى مصر ومع ذلك يجب حماية غير المتعاقدين ضد التواطؤ الذى يحصل بين الزوجين فى هذا الموضوع وكذلك اذا تضمن التغيير انشاء حق الملكية العقارية فى مصر أو أى حق عينى عقارى آخر أو نقل حق من تلك الحقوق أو تغييره أو زواله فلا يعتبر انه انشئ أو نقل أو تغير أو زال لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بتسجيل العقد المتضمن الاتفاق الجديد فى قلم تسجيل المحكمة المصرية الكائن بدائرتها العقار الذى حصل الاتفاق بشأنه وذلك طبقاً لقانون التسجيل المشار اليه فى البند السابق

تغيير الجنسية وتأثيره

ويراعى أن تغيير جنسية أحد الزوجين أو كلاهما لا يترتب عليه من الآثار بالنسبة لنظام الزوجية الا ما يقرره قانون الجنسية التى عقد الزواج تحت سلطانه . مثال ذلك انه لا يجوز للفرنسيين أن يغيروا نظامهم المالى بالتخلص من الجنسية الفرنسية أو بغيره[1] وذلك ارتكاناً الى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الذى يطبق هنا للمحافظة على حقوق أحد الزوجين قبل الآخر كما يطبق للمحافظة على حقوق الغير ضد أحد الزوجين أو كليهما[2]

---

[٣٨١] (١) قارن ڤاليرى ص ١١٣٢ — ١١٣٧

(٢) قارن پيليه ونيبوايه ص ٦٠٥ بند ٥٢٣ مكرراً . وراجع هنا بند ٣٧٩

المبحث الثانى — الطلاق

طلاق المسلم

٣٨٢ — الطلاق المعروف عند المسلمين هو تسريح المرأة بارادة الرجل وكلمته وهذا ما يسمى عند الافرنج الرفض أو الترك أو اخلاء السبيل répudiation ولا يجوز للمرأة فى الاسلام أن ترفع قيد الزواج بالطلاق الا اذا فوضها الزوج فى ذلك فتكون عصمتها بيدها كما يقولون ويصح أن يشترط أن تكون بيد شخص معين غير الزوجين[1] فهو طلاق من جانب واحد هو الزوج وهو طلاق لا يحتاج فيه الى قرار أو حكم من محكمة ويجوز اثباته بالشهادة وبالاعتراف أو بالتقرير أمام المأذون : هذا النوع من الطلاق غير معترف به نظاماً فى البلاد الاوروبية والأمريكية حيث الطلاق حكم أو قرار Décision, Decrée يصدر من المحكمة أو السلطة القضائية المدنية غالباً يقضى بحل عقدة الزواج بعد اجراءات خاصة ولأسباب خاصة بناء على طلب أحد الزوجين — ذلك هو الطلاق Divorce ويختلف عما يسمى عند الامم المسيحية « الانفصال » Séparation وهو أيضاً قرار أو حكم يقضى بانقطاع العيشة المشتركة بدون أن يحل عقدة الزواج حلا عاجلا وقد ينتهى الانفصال باجازة الطلاق فيصح من بعده . وينقسم الانفصال الى جسمانى Séparation de corps وهو المتقدم شرحه ، ومالى Séparation de biens وهذا لا تأثير له على عقدة الزواج بل على مشارطته المالية فقط

طلاق الاجنبي

هذا وبعض قوانين البلاد المسيحية لا يجيز الطلاق وبعضها لا يجيز الانفصال وبعضها يجيز الاثنين سوياً . ويختلف عنهما جميعاً ، الحكم بالغاء الزواج أو بطلانه فان هذا يعتبر مقرراً للبطلان من أول الأمر

---

[٣٨٢] (١) فى زواج الاميرات المصريات نص فى المادة ٦ من قانون الاسرة المالكة (بند ٣٧٢) على انه يجوز أن يشترط فى اذن الزواج الصادر للاميرة أو لوليها من جلالة الملك أن ينص فى عقد زواجها بمصادقة زوجها على أن عصمتها بيدها أو بيد من يبين فى الاذن

ويخضع الطلاق — ومثله تماماً الانفصال — فى مصر لقانون الاحوال الشخصية التابع اليه الطرفان خضوعاً تاماً ولا يعتبر صحيحاً الا اذا حكمت به محكمة الاحوال الشخصية التابع اليها الطرفان وهذه المحكمة لا تحكم بغير قانونها فيما يتعلق باجراءات الطلاق ولا تأخذ عادة بغيره فيما يختص بأسباب الطلاق (٢)

طلاق الفرنسى

ولذلك حكمت المحاكم المصرية بأن الزواج الذى عقد صحيحاً أمام القاضى الشرعى فى مصر بين فرنسى وفرنسية أو أجنبية (بند ٣٧٥) لا يجوز حل عقدته بالاقرار بالطلاق لفظاً أمام نفس القاضى وتسجيل ذلك الاقرار بل يعتبر ذلك كله باطلا بطلاناً تاماً فى نظر القانون الفرنسى لأن التسريح ليس سبباً للطلاق فى هذا القانون واذا صح ان تنشأ عقدة الزواج أو تنحل طبقاً للاجراءات المتبعة فى البلاد الاجنبية التى يعيش فيها الفرنسيون formes usitées dans le pays فانه يشترط لذلك ان لا يكون الامر مخالفاً لما هو مقرر فى القانون الفرنسى (٣)

فسخ الزواج

كذلك قرر الحكم المتقدم ان الغاء الزواج الحاصل فى مصر أمام سلطة

---

(٢) نقول « عادة » لانه يصح أن تدخل فى القضية اعتبارات أخرى كما سيتضح مما يلى

(٣) حكم محكمة مصر المختلطة فى ٩ يونيه ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٧١ نمرة ٢٨٩ حيث كان من ظروف القضية أن حصل الزواج بين فرنسى يدعى سليم الطى أصله من سوريا وديانته اليونانية الكاثوليكية، وامرأة فرنسية ، أمام القاضى الشرعى فى مدينة بور سعيد فى ١١ اكتوبر ١٩٠٥ (وهذا زواج صحيح فى الشكل — بند ٣٧٥) ثم حصل الطلاق أمام نفس القاضى فى ١٧ مارس ١٩٠٦ وهو طلاق باطل لمخالفته للقانون الفرنسى الذى يقتضى رفع دعوى بالطلاق وصدور حكم مبنى على الاسباب التى يجيزها القانون الفرنسى . حصل بعد ذلك أن تزوج سليم الطى المذكور بامرأة أخرى سورية من ديانته أمام بطركخانتهما فى اسكندرية فى ١٥ يوليه ١٩٠٦ وكان الزواج صحيحاً كما مر فى بند ٣٧٥ ولكنه كان باطلا موضوعاً لان الزوج مسيحى ولا يجوز له أن يتزوج امرأة ثانية قبل حل عقدة الزواج الاول ولذلك حكمت محكمة روما ببطلانه فى ٨ يوليه ١٩٠٧ نظرا لقيام الزواج الاول . وهذه القضية التى رفعت أمام محكمة مصر المختلطة كان مطلوبا فيها دفع تعويض الى الزوجة الثانية من جانب ورثة الزوج الذى توفى ولكن محكمة مصر المختلطة رفضت الطلب بناء على أن الزوجة الثانية كانت تعلم بكل الظروف وان نفس البطركخانة التى زوجتها كانت تعتبر الزواج الاول قد انحل بالطلاق الحاصل امام القاضى الشرعى فلم يكن ثمت محل للحكم بالتعويض المطلوب

دينية (بطركخانة اليونان الكاثوليك) بين فرنسى وأجنبية تابعين ديانة للسلطة المذكورة لا يمكن أن يحكم فيه غير السلطة الدينية المذكورة[٤] ولا يكون ذلك من اختصاص المحاكم الفرنسية المدنية التى لا تستطيع أن تفصل فى المسائل الدينية وذلك رغماً من الآثار المدنية التى يحدثها هذا الزواج الدينى الواقع صحيحاً طبقاً لقانون الجهة التى حصل فيها وهى مصر (بند ٣٧٥) وفى هذا الحكم تطبيق لنفس المبدأ الذى ذكرناه وهو اختصاص محكمة الطرفين ، حيث كانا من ديانة واحدة رغم اختلاف جنسيتهما[٥] وقد تزوجا زواجاً دينيا وهو جائز فى مصر وغير جائز اذا حصل فى فرنسا الا بعد الدخول فى الشكل المدنى أولاً (بند ٣٧٤)

اختصاص : اختلاف الدين

اما اذا اختلف الطرفان من حيث الدين فان الاختصاص فى مصر فى موضوع الطلاق يكون لمحكمة « المدعى عليه » اذا كان الطرفان قد أجريا عقدين للزواج أحدهما أمام السلطة التابع اليها الزوج والآخر امام السلطة التابعة اليها الزوجة (بند ٣٧٥) فيكون هناك زواجان لا تحل عقدة كل منهما بالنسبة لأحد الزوجين الا بواسطة السلطة التى باشرت الزواج بالنسبة اليه . أما اذا كان هناك عقد واحد وهو يحصل فى الغالب لدى السلطة التابع اليها الزوج فان السلطة التى باشرت العقد هى التى تختص بفك عقدته . والمحكمة أو السلطة الدينية ايا كانت المرفوعة أمامها دعوى الطلاق لا تستطيع الحكم بغير قانونها

اختلاف الجنسية

واذا اختلفا من حيث الجنسية فان الزواج كثيراً ما يجعلهما من جنسية واحدة وحينئذ تزول الصعوبة فتكون محاكم قنصليتهما أو دولتهما هى المختصة فاذا ما استمرت جنسيتهما مختلفة بعد الزواج فان المحكمة المختصة تكون محكمة المدعى عليه ولكن فى كلا الحالتين قد يختلف القانون الذى تطبقه محكمة القنصلية أو محكمة الدولة بحسب قواعد القانون الدولى الخاص التى تتبعها المحكمة

---

(٤) قارن بند ٣٧١ مكررا خصوصاً حاشية ٣ عليه ص ٤٧٠
(٥) راجع الحاشية المتقدمة على السابقة

وسوف نرجع الى هذا الموضوع فى الكتاب الرابع فيما يتعلق بالنزاع الداخلى بين المحاكم والقوانين فى مصر ومعرفة مقدار السلطان المقرّ به للاحكام التى تصدر فيه من السلطات المختلفة

المحكمة المختصة فى فرنسا

هذا وقد حكمت المحاكم الفرنسية بأن مسائل الطلاق تدخل ضمن اختصاص المحاكم الاجنبية التابع اليها الطرفان بمقتضى قانون جنسيتهما وان الطلاق الصادر فى الخارج ضد الفرنسيين لا ينفذ فى فرنسا ألا اذا وضع الامر بالتنفيذ من احدى المحاكم الفرنسية على الحكم الاجنبى المتضمن للطلاق (بند ٣٤٤) أما بين الاجانب فلا ضرورة للأمر بالتنفيذ من المحاكم الفرنسية متى كانت المحكمة التى أصدرت حكم الطلاق مختصة بحسب القانون الشخصى للخصوم[6]

فى انجلترا

وفى انجلترا تختص المحاكم الانجليزية أو لا تختص بالحكم فى الطلاق بحسب ما اذا كان الطرفان متوطنين فى انجلترا أو غير متوطنين فيها . ومع ذلك فان هذه المحاكم تقر الطلاق الصادر من محكمة أجنبية لها اختصاص عليهما نظراً لتبعيتهما اليها من حيث الجنسية ، وبصرف النظر عن الموطن التابعين اليه قانوناً ومن باب أولى تقر الطلاق الصادر من محكمة الموطن[7] ومع ذلك فتختص المحاكم الانجليزية فى الطلاق أيضاً اذا كان الزوج المدعى أو المستأنف عليه مقيما فيها (مع كونه غير متوطن — بند ٨٩ ‹‹) لا على سبيل الزيارة أو بصفته سائحاً ولم يتخذ الاقامة المذكورة لمجرد الحصول على الطلاق أو تسهيله[8]

وقد رأينا فى بند ٩٨ كيف حكمت المحاكم الانجليزية بعدم اختصاصها بنظر الطلاق المطلوب ضد انجليزى (المستر كازداغلى) متوطن فى القطر المصرى رغماً من كونه بريطانى الجنسية

---

(٦) راجع ڤاليرى ص ١٠٩٧ وما بعدها
(٧) راجع وستليك وبنتويتش ص ٨٦
(٨) راجع وستليك وبنتويتش ص ٨٤

طلاق المسلمين في نظر الانجليز

وقد حكمت المحاكم الانجليزية فى سنة ١٩١٧ بأنها لا تعترف بالطلاق الذى أوقعه هندىّ مسلم تزوج فى انجلترا من امرأة انجليزية أبت أن ترافقه الى الهند حتى لو كان الطلاق صحيحاً ومعتبراً فى الجالية الاسلامية التى يعيش فيها الزوج فى الهند والسبب فى ذلك أن الطلاق المذكور لم تحكم به محكمة فى الهند حتى يتسنى الاعتراف به فى انجلترا (ص ٥٠٨)[٩]

الاحكام الفرنسية

أما بالنسبة لجواز الطلاق والاسباب التى يبنى عليها فى حالة جوازه فان المحاكم الفرنسية ترى نفسها مقيدة أولاً بنصوص القانون الفرنسى التى يجب أن تراعى لمعرفة ما اذا كان يجيز الطلاق فى ظروف القضية أو لا يجيزه وثانياً بنصوص قانون جنسية الخصوم الذى يجب أن يراعى أيضاً بالنسبة لجواز الطلاق فيه وبالنسبة لأسبابه[١٠]

---

(٩) وستليك وبنتويتش ص٨٦ — ٨٧ ومن ظروف القضية أن الهندى كان متوطناً فى الهند وتزوج وهو فى انجلترا من امرأة انجليزية فى مكتب تسجيل Registry office كما هو النظام فى انجلترا ثم عاد الى الهند ولم تعد معه زوجته فحصل على حكم ضدها بوجوب رجوعها الى طاعته فلم تقبل ولذلك أرسل اليها ورقة الطلاق ثم رجع الى انجلترا وطلب الطلاق فرفضت دعواه لكونه غير متوطن فى انجلترا وعلى ذلك طلب اذناً بالزواج مرة ثانية فرفض بناء على وجود مانع شرعى (وهو قيام الزواج الاول ، وذلك رغما من جواز تعدد الزوجات بحسب دينه) فتظلم الهندى من رفض الاذن فحكمت المحاكم ابتدائيا واستئنافيا بانه ليس من قاعدة تجيز حل عقدة الزواج الحاصل فى انجلترا بمجرد قواعد قانون ديانة الزوج وبدون حكم محكمة بالطلاق : ان المرأة الانجليزية تحصل بالزواج على موطن زوجها وتخضع لقانونه ولكنها اذا كانت مسيحية فانها لا تحصل على ديانة زوجها غير المسيحى ولا تدخل ضمن طائفته الدينية ولاتخضع لقانون ديانته الخاص . واذا كان الزوج قد حصل على حكم بالطلاق من محاكم الهند فان المحاكم الانجليزية تعتمده ولكن المحاكم الهندية لا تحكم بالطلاق الا اذا كان الطرفان من ديانة واحدة وفى هذه القضية لم يطلب الحكم . وقد اقترح ان يكون طلاق المسلم طبقا للشريعة الاسلامية ولكن مهما كانت قيمة هذا الطلاق فى بلاد اسلامية فانه لا يعتبر أمام المحاكم الانجليزية ضد زواج عقد فى انجلترا بتفاهم ضمنى على أن الزوجة ستظل زوجته الوحيدة الدائمة لا زوجة لمجرد متاع الزوج وهواه

(١٠) راجع ڤالبرى ص ١٠٩٨ وقارن حكم محكمة مصر المختلطة (بند ٣٨٢ حاشية ٣) الذى لم يعتمد الطلاق الحاصل بالاقرار أمام القاضى الشرعى لمخالفته للقانون الفرنسى

الاحكام الانجليزية

وفى انجلترا يقضى النظام العام باخضاع أسباب الطلاق (بالنسبة لغير الخاضعين للقانون الانجليزى) لقانون المحكمة بصفة تامة اذا جاز الطلاق فى هذا القانون ولا عبرة مطلقاً بما ينص عليه القانون الشخصى التابع اليه الخصوم اذا كان لا يجيز الاسباب التى يقبلها قانون المحكمة أو اذا كان لا يجيز الطلاق بالكلية وهذه القاعدة متبعة فى اصدار أحكام الطلاق كما هى متبعة فى الاعتراف بصحة الاحكام الأجنبية الصادرة فى الطلاق (١١)

تغيير الجنسية

هذا ومن المقرر أن تغيير الجنسية لا يؤثر على حق الحصول على الطلاق لانه لو أثر لكان ذلك مخالفاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة (١٢)

وتتوقف صحة طلب الطلاق على القانون الذى يحكم الطرفين وقت رفع دعوى الطلاق (١٣)

الطلاق والمسائل المالية

ومما لا شك فيه فى مصر أن المحكمة المختصة بالحكم فى الطلاق أو الانفصال أو أى نزاع خاص بالقوانين الدينية تكون مختصة أيضاً بالحكم فى المسائل المالية المتصلة بالقضية أو المتفرعة عنها مثل الحكم بالنفقة ونحوها (١٤) ولكن اذا تعهد الزوج أمام محكمة الاحوال الشخصية بدفع مبلغ بصفة نفقة لزوجته التى طلبت الطلاق فيعتبر تعهده عقداً قضائياً يجب تنفيذه بصرف النظر عن البحث فى المسائل الشخصية التى يثيرها الزواج أو الطلاق (١٥)

---

(١١) وستليك وبنتويتش بند ٥٢ ص ٩٤ و ٩٥
(١٢) ڤاليرى ص ١١٠١،، و١١١٠ وراجع هنا بند ٢٦٢،،
(١٣) س م أول يونيه ١٨٩٧ مج ت م ص ٣٧٣
(١٤) س م ٢٩ يناير ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ١٤٥
(١٥) س م ٢٧ نوفمبر ١٨٩٥ مج ت م ٨ ص ١٩

نصوص معاهدات لاهى

بخصوص الزواج والطلاق وآثار الزواج

١ – صحة الزواج[1]

الدول الموقعة : النمسا ، بلجيكا ، فرنسا ، المانيا ، المجر ، لكسمبورج ، هولاندا ، رومانيا ، اسبانيا ، السويد (١٢ يونيه ١٩٠٢) ، ايطاليا ، سويسره (١٧ يوليه ١٩٠٥) البرتغال (٢ مارس ١٩٠٧)

الدول المصادقة : بلجيكا ، فرنسا ، المانيا ، المجر ، ايطاليا ، لكسمبورج ، هولاندا ، البرتغال ، رومانيا ، السويد ، سويسرا ،

الدول المصادقة للآن : المانيا ، المجر ، ايطاليا ، لكسمبورج ، هولاندا ، البرتغال ، السويد ، سويسرا ،

وتقع المعاهدة فى احد عشر مادة سبقتها مقدمة نقتبس منها ما يأتى :

رغبة فى وضع قواعد مشتركة أو واحدة لحل النزاع الذى يمكن أن يحصل فى مادة الزواج . . . . قد اتفق على النصوص الآتية : —

القانون الشخصى و « الاحالة »

المادة الأولى : حق عقد الزواج محكوم بقانون جنسية كل من المتعاقدين الا اذا اشتمل ذلك القانون على نص من مقتضاه الاحالة صراحة على قانون آخر

النظام العام

المادة الثانية : لقانون الجهة التى يعقد فيها الزواج أن يمنع زواج الاجانب فى الاحوال التى يكون فيها ذلك مخالفاً لنصوصه فيما يتعلق :

أولاً) بدرجة القرابة أو المصاهرة المعتبرة مانعاً مطلقاً من الزواج

ثانياً) بتحريم الزواج بتاتاً على من ارتكبا جريمة الزنا التى من أجلها فسخ زواج أحدهما

---

(١) ميلى ص ٥٢٧ " نصوص فرنسية وانجليزية وباتى Polarized Law, Baty ص ١٧٧ "

ثالثاً) تحريم الزواج بتاتاً على الاشخاص الذين حكم عليهم بسبب الشروع فى قتل زوج أو زوجة أحدهما

والزواج المعقود مخالفاً لأحوال المنع المذكورة لا يعتبر باطلا مادام صحيحاً طبقاً للقانون المذكور فى المادة الاولى (وهو قانون الجنسية)

ومع مراعاة تطبيق الفقرة الاولى من المادة السادسة من هذه المعاهدة لا تلزم احدى الدول المتعاقدة بمباشرة عقد زواج يخالف قوانينها بسبب وجود زواج سابق أو بسبب مانع دينى فاذا خولفت قوانينها لهذين السببين فلا يعتبر الزواج باطلا فى غير البلاد التى حصلت فيها هذه المخالفة

المادة الثالثة : يجوز لقانون الجهة التى حصل فيها الزواج أن يبيح زواج الاجانب بالرغم من تحريمه فى القانون المنصوص عليه فى المادة الاولى (قانون جنسية المتعاقدين) اذا كانت الموانع مبنية على مجرد أسباب دينية — الموانع الدينية

وللدول الاخرى الحق فى عدم الاعتراف بصحة الزواج المعقود فى هذه الظروف

المادة الرابعة : يجب على الاجانب الذين يريدون الزواج أن يثبتوا توافر الشروط التى يتطلبها القانون المشار اليه فى المادة الاولى (قانون الجنسية) ويحصل هذا الاثبات اما بشهادة من المعتمدين السياسيين أو القنصليين لدولتهم واما بأى طريقة أخرى للاثبات معتمدة فى المعاهدات الدولية أو لدى السلطة التى تباشر عقد الزواج فى بلادها — اجراءات

المادة الخامسة : يعتبر الزواج الحاصل صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذى بوشر فيه صحيحاً فى كل مكان آخر — شكل الزواج

ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجوز للبلاد التى يتطلب قانونها شكلا دينياً للزواج ألا تعترف بصحة الزواج المعقود لرعاياها فى الخارج من غير مراعاة الشكل الدينى المذكور .

ويجب احترام نصوص قانون الجنسية فيما يتعلق بالاعلان أو النشر عن

الزواج ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الاعلان أو النشر بطلان الزواج فى بلاد غير التى خولف قانونها .

ويجب أن ترسل صورة رسمية من ورقة الزواج الى السلطة العمومية فى البلاد التابع اليها كل من الزوجين .

الزواج القنصلى

المادة السادسة : يعتبر الزواج صحيحاً فى كل جهة من حيث الشكل اذا بوشر أمام معتمد سياسى أو قنصلى طبقاً لقانونه ولم يكن أحد المتعاقدين تابعاً للحكومة التى حصل فى بلادها الزواج وبشرط عدم اعتراض هذه الحكومة وليس لها الحق فى الاعتراض اذا كان الزواج يخالف قوانينها نظراً لوجود زواج سابق أو لمانع من الموانع الدينية

ويسرى التحفظ الوارد فى الفقرة الثانية من المادة الخامسة على الزواج السياسى أو القنصلى

شكل قانون الجنسية صحيح

المادة السابعة : الزواج الباطل شكلا طبقاً لقانون البلد الذى بوشر فيه يجوز اعتباره مع ذلك صحيحاً فى البلاد الاخرى اذا اتبع فيه الشكل المقرر فى قانون جنسية كل من المتعاقدين .

المادة الثامنة : لا تسرى هذه المعاهدة الا على الزواج المعقود فى اقليم الدول المتعاقدة ومتى كان أحد الطرفين بالأقل من رعايا احدى هذه الدول ولا تلزم أية دولة بمقتضى هذه المعاهدة ، بان تطبق قانوناً ليس من قوانين الدول المتعاقدة .

أحكام عامة

المادة التاسعة : تحصل المصادقة على هذه المعاهدة التى لا تسرى الا على الاقاليم الاوروبية للدول المتعاهدة وتودع المصادقات فى مدينة لاهى متى تمكنت أغلبية الدول المذكورة من المصادقة عليها .

ويعمل محضر بالايداع المذكور وتسلم صورة رسمية منه بالطريق السياسى الى كل دولة من الدول المتعاقدة .

المادة العاشرة : للدول غير الموقعة ، التى مثلت فى المؤتمر الثالث للقانون الدولى الخاص أن توافق بلا قيد ولا شرط على هذه المعاهدة .

وعلى الدولة التى تريد الموافقة أن تعلن نيتها بكتابة تودع فى قلم محفوظات حكومة هولاندا قبل يوم ٣١ مارس سنة ١٩٠٤ . وترسل هذه الحكومة صورة رسمية من هذه الكتابة بالطريق السياسى لكل من الدول المتعاقدة

المادة الحادية عشرة : يعمل بهذه المعاهدة بعد ستين يوماً من ايداع التصديقات أو من تاريخ اعلان الموافقات

المادة الثانية عشرة : أجل هذه المعاهدة خمس سنين من تاريخ ايداع التصديقات

ويسرى هذا الميعاد حتى بالنسبة للدول التى لا تودع الا بعد التاريخ المذكور أو التى لا توافق الا بعده

وتتجدد المعاهدة ضمناً كل خمس سنين الا اذا أعلن انتهاؤها ويكون اعلان انتهائها بتبليغه الى حكومة هولاندا قبل الأجل المعين فى الفقرات السابقة بستة أشهر على الأقل وتبلغه هذه الحكومة الى كل الدول الاخرى المتعاقدة

ولا يسرى انتهاء المعاهدة الا بالنسبة للدولة التى أعلنته وتستمر المعاهدة نافذة فى حق جميع الحكومات الأخرى .

٢ — الطلاق والانفصال

(الدول والتواريخ كما فى معاهدة الزواج)

المادة الاولى : لا تقبل دعوى الطلاق من أحد الزوجين الا اذا اتفق قانون جنسيتهما وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى على اجازة الطلاق وكذلك الحال فى دعوى الانفصال — مراعاة قانونى الجنسية والمحكمة

المادة الثانية : لا يحكم بالطلاق الا اذا توافرت أسبابه المسوغة له طبقاً لقانون — أسباب الطلاق

جنسية الزوجين ولقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى
وكذلك الحال فى دعوى الانفصال

« الاحالة » المادة الثالثة : ومع ذلك فبالرغم من نص المادتين الاولى والثانية يعمل بقانون جنسية الزوجين وحده اذا أمر بذلك قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى أو أجاز ذلك

تغيير الجنسية المادة الرابعة : لا يجوز التمسك بقانون الجنسية المشار اليه فى المواد السابقة من أجل جعل واقعة من الوقائع التى حصلت وقت ان كان الزوجان أو أحدهما من جنسية أخرى ، سبباً للطلاق أو للانفصال

المحكمة المختصة المادة الخامسة : يجوز رفع دعوى الطلاق : —

أولا — أمام المحكمة المختصة طبقاً لقانون جنسية الزوجين

ثانيا — أمام المحكمة المختصة طبقا لقانون الجهة المتوطن فيها الزوجان ؛ فاذا لم يكن لهما بحسب قانون جنسيتهما موطن مشترك كانت المحكمة المختصة هى محكمة المدعى عليه ، وفى حالة ترك الموطن المذكور أو تغييره بعد حدوث سبب الطلاق أو الانفصال يصح أيضا رفع الدعوى فى المحكمة المختصة فى آخر موطن مشترك كان لهما ، ومع ذلك يبقى اختصاص محكمة الجنسية فيما تختص به دون غيرها بالنسبة لطلب الطلاق أو الانفصال ويستمر اختصاص المحكمة الاجنبية بالنسبة للزواج الذى لا يجوز فيه طلاق أو انفصال أمام محكمة الجنسية

اجراءات وقتية المادة السادسة : فى حالة عدم جواز قبول دعوى الطلاق فى البلد الذى توطن فيه الطرفان يجوز لكل منهما أن يطلب من المحاكم المختصة فى هذا البلد أن تحكم بالاجراءات الوقتية التى يجيزها قانونه من أجل انتهاء العيشة المشتركة وتستمر تلك الاجراءات اذا أقرتها محكمة الجنسية فى خلال مدة سنة ولكنها لا تستمر لمدة أطول مما يصرح به قانون الموطن

الطلاق المكتسب المادة السابعة : الطلاق أو الانفصال المحكوم به من محكمة مختصة طبقاً

للمادة الخامسة يعترف به فى كل جهة بشرط أن تكون نصوص هذه المعاهدة قد اتبعت ، وأنه فى حالة صدور حكم غيابى يكون المدعى عليه قد أعلن للحضور طبقاً للنصوص الخاصة المقررة بقانون جنسيته من أجل الاعتراف بالاحكام الأجنبية

كذلك يعترف فى كل جهة بالطلاق أو الانفصال المحكوم به من محكمة ادارية اذا كان قانون كل من الزوجين يقر هذا الطلاق أو هذا الانفصال

تغيير الجنسية — المادة الثامنة : اذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة أنه هو قانون جنسيتهما .

أحكام عامة — المادة التاسعة : لا تسرى أحكام هذه المعاهدة الا على طلبات الطلاق أو الانفصال المقدمة فى احدى الدول المتعاقدة اذا كان أحد المتخاصمين بالاقل من رعايا احدى هذه الدول

ولا تلتزم أى دولة بمقتضى هذه المعاهدة بتطبيق قانون لا يكون قانون احدى الدول المتعاقدة (1)

٣ — آثار الزواج

(بتاريخ ١٧ يوليه ١٩٠٥)

وهى سارية الآن بين المانيا والبلجيك وايطاليا وهولاندا والبرتغال ورومانيا وسويسرا والسويد

١ — حقوق الزوجين وواجباتهما

قانون الجنسية — المادة الاولى : حقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة محكومة فيما يتعلق بالصلات الشخصية بقانون جنسيتهما ومع ذلك فلا يجوز تنفيذ هذه الحقوق والواجبات الا بالوسائل المقررة فى مثل هذه الظروف فى قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ

---

(1) ملحوظة : المواد ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ من هذه المعاهدة مطابقة للمواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ من معاهدة الزواج السابق نشرها هنا .

٢ — أموال الزوجين

قانون الزواج — المادة الثانية : فى حالة عدم حصول اتفاق خاص تكون آثار الزواج بالنسبة لأموال الزوجين المنقولة والعقارية محكومة بقانون جنسية الزوج وقت حصول الزواج ولا يتغير مصير الاموال بأى تغيير يحصل فى جنسية الزوجين أو أى واحد منهما

الاهلية — المادة الثالثة : أهلية كل من المتعاقدين للدخول فى مشارطة الزواج خاضعة لقانون جنسيته وقت حصول الزواج

تغيير نظام الزوجية — المادة الرابعة : يختص قانون جنسية الزوجين ببيان ما اذا كان لهما أثناء الزوجية أن يعقدا مشارطة للزواج أو يفسخا مشارطة الزواج المعقودة بينهما أو يعدلا فيها.

ولا يترتب على أى تغيير يحصل بالنسبة لمصير الأموال أى اخلال بحقوق الغير التى اكتسبت قبل ذلك التغيير.

جوهر المشارطة — المادة الخامسة : صحة مشارطة الزواج من حيث جوهرها ، وآثارها محكومة بقانون جنسية الزوج وقت حصول الزواج واذا حصلت المشارطة بعد الزواج تكون محكومة بقانون جنسية الزوجين وقت عقد المشارطة

كذلك يرجع للقانون المذكور لمعرفة ما اذا كان يجوز للزوجين اختيار نظام مالى آخر للزوجية فاذا ما حصل ذلك الاختيار فان النظام الجديد هو الذى يحدد آثار الزواج بالنسبة للأموال

شكل المشارطة — المادة السادسة : فيما يتعلق بالشكل تكون مشارطة الزواج صحيحة اذا تمت طبقاً لمقتضيات قانون البلد الذى حصلت فيه أو طبقاً لمقتضيات قانون جنسية كل من راغبى الزواج وقت حصول الزواج أو طبقاً لقانون جنسية الزوجين (اذا حصلت المشارطة بعد الزواج)

النظام العقارى — المادة السابعة : لا تسرى أحكام هذه المعاهدة على الأموال العقارية الموضوعة

بقانون موقعها تحت نظام عقارى خاص .

المادة الثامنة : تحتفظ كل من الدول المتعاقدة :

أولا : بان تتطلب تحقق اجراءات خاصة من قبل أن تجعل النظام المالى للزوجية سارياً ضد الغير

ثانياً : بان تنص فى قوانينها على حماية الغير فى معاملاتهم مع النساء المتزوجات اللاتى يتخذن الحرف والصناعات فى إقليم الدولة . وتتعهد الدول المتعاقدة بتبليغ نصوص القوانين التى تضعها طبقاً لنصوص هذه المعاهدة

(٣) — قواعد عامة

المادة التاسعة : اذا حصل الزوجان أثناء الزواج على جنسية جديدة مشتركة فيكون قانون هذه الجنسية الجديدة هو القانون المنصوص عليه فى المواد الاولى والرابعة والخامسة من هذه المعاهدة

واذا حصل أنه أثناء الزواج لم يكن الزوجان على جنسية واحدة فان آخر قانون كان يحكمهما سوياً يعتبر قانون جنسيتهما بالنسبة لتطبيق المواد السابقة

المادة العاشرة : لا تطبق نصوص هذه المعاهدة اذا كان القانون الواجب تطبيقه طبقاً للمواد السابقة قانون دولة ليست من الدول المتعاقدة

ويلى ذلك نصوص تشبه ما تقدم فى المعاهدتين السابق ايرادهما هنا .[1]

---

(١) ترجمنا المعاهدة الاخيرة عن النص الانجليزى الوارد فى « باتى » المشار اليه قبل ص ١٨٤ — ١٨٦ ومن أراد مراجعة الاعمال التحضيرية لهذه المعاهدات يجدها فى كتاب حديث ظهر فى لاهى سنة ١٩٢١ بعنوان Les Conventions de la Haye de 1902 et, 1905 par Kosters et Bellemans

المبحث الثالث — الأبوة والبنوة الشرعية

Paternité et Filiation

٣٨٣ — الغرض من هذا المبحث معرفة القانون والمحكمة المختصين ببيان من هو والد شخص معين ومن هي والدته أو على العموم ما هي قواعد ثبوت النسب وما هي طبيعة القرابة المدعى بها هل هي شرعية سببها الزواج أو طبيعية سببها السفاح وهل يجوز اثباتها فى كل الاحوال وما هي طرق الاثبات التي تجوز فى هذا الموضوع وما الذى يترتب على الثبوت — هذه المسائل من الأحوال الشخصية وهى خاصة بالحالة état « بند ٣٥٨ » وهى متروكة فى القانون المصرى لحكم محاكم الأحوال الشخصية

وتختلف القوانين فى هذا الموضوع اختلافاً كبيراً وتزداد الصعوبة كلما كان الاشخاص الذين قام النزاع بينهم من جنسيات أو أديان مختلفة أو كلما غيروا جنسيتهم الأولى فيما بين يوم الحمل أو الولادة واليوم الذى ترفع فيه الدعوى بخصوص البنوة أو الابوة وكلما دخل فى الموضوع عنصر اقليمى خاص بدولة من الدول التى ترتب نتائج خاصة طبقاً لقانونها على كل ما يتم من الاعمال داخل اقليمها من ولادة أو زواج أو اعتراف[1] وعلى كل حال فان معرفة القانون الشخصى الذى هو أساس أحكام هذا الموضوع، تتوقف على معرفة ثبوت النسب فى أغلب الاحيان ولكن جميع مسائل ثبوت النسب الشرعى (دون الطبيعى) تتوقف على معرفة وجود زواج سابق واذا ولد الطفل قبل زواج امه من أبيه فانها تتوقف على وجود نظام خاص هو جعل الولد شرعياً بعد زواج امه من أبيه بعد ان كان ولد سفاح (بند ٣٨٤) كذلك قد تتوقف صحة الزواج على صحة طلاق أحد الزوجين من زوج سابق فى حالة عدم تعدد الزوجات :

توقف النسب على الزواج

[٣٨٣] (١) مثال ذلك أن الفرنسيين يرون أنه ليس لانجليزى مثلا حق فى أن يتمسك بالقانون الانجليزى فى فرنسا للتنصل من التبعة الناشئة عن كونه قد رزق فيها أولاداً من سفاح لمجرد كون قانونه لا يقر نظام الاولاد الطبيعيين وذلك لان الفرنسيين يرون هذه المسائل متعلقة بالنظام العام فيجب أن تسرى على جميع من يولدون فى فرنسا ولو كانوا أجانب (فارن ڤاليرى ص ١١٤٢ ،،)

لذلك كله كان من المستحيل تقريباً على المحاكم المختلطة أو الاهليـة أن المحكمة المختصة تفصل فرعياً فى مسائل البنوة الشرعية المتفرعة عن القضايا الاصلية الداخلة فى اختصاصها ولذلك فهى تضطر الى الأمر بالايقاف ريثما تحكم المحكمة الشخصية المختصة [٢] وهذه المحكمة هى محكمة الاحوال الشخصية التابع اليها المدعى عليه وهى تحكم غالباً بقانونها فى موضوع البنوة والابوة نظراً لمساسه بالنظام العـام المعترف به فى قانونها [٣] ولذلك فنحن لا نبحث هنـا فيما أورده المؤلفون من الحلول المختلفة التى يمكن أن تحل بها المصاعب فى هذا الموضوع لان الحكم فيها متروك لمحاكم الاحوال الشخصية كما تقدم ويكفينا أن نذكر المبادئ التى تقررت من المحاكم المختلطة فيما له مساس به :

الاعلام الشرعى وقوته فى الاثبات

فقد حكم فيما يتعلق بقوة الاشهادات الشرعية فى اثبات قرابة بعض الاشخاص الى المتوفى من أجل اثبـات الوراثة ، بأن الاعلام الشرعى المقرر لوراثة الزوجة والاولاد المرزوقين لها من المتوفى ليس من شأنه مطلقاً حرمان أى شخص آخر من الادعاء بالوراثة اذا كانت صفته باعتباره ابناً شرعياً للمتوفى مثبوتة بمستندات قاطعة ومعترف بصحتها من الورثة الآخرين ومن الغير ولم يكن ذلك الشخص طرفا

---

(٢) قارن ما حصل فى قضية عبد الحليم الكابلى ، بند ١٢٣ هنا فانه درس مفيد جدا للمحاكم المختلطة حتى لا تتعرض للحكم فى المسائل الشخصية من قبل أن يصدر فيها حكم من جهة الاحوال الشخصية المختصة (والحكم منشور برمته فى الجازيت ٣ ص ٤٥ نمرة ٦٤)

(٣) تتلخص القواعد المعروفة فى فرنسا فى هذا الموضوع فيما يأتى . اذا كانت ولادة الطفل فى فرنسا فان القاعدة العامة بالنسبة لحالته هى اتباع قانون جنسية الوالدين ومع ذلك فلا مناص من تطبيق القانون الفرنسى كلما قضى بذلك النظام العام وهو يقضى بذلك فى هذا الموضوع . أما اذا كانت ولادة الطفل فى الخارج فان الآراء كثيرة منها ما يقضى باتباع قانون جنسية الوالدين ومنها ما يقضى باتباع قانون جنسية الولد ومنها مايقضى بمراعاة القانونين معاً ومنها ما يقضى باتباع القانون الاصلح للولد كما فى رأى بارتولس (بند ٢٢٥) والرأى المقبول من جميع هذه الآراء هو اتباع قانون جنسية الوالدين . وفى حالة تغيير الجنسية يجب ألا يلتفت الا الى جنسية الوالدين وقت الولادة دون أى وقت آخر (مثل وقت الحمل أو وقت الاعتراف به أو وقت رفع الدعوى) اللهم الا اذا كان قانون جنسية الوالدين الحالى يبيح لهما الاعتراف بالولد فان هذا القانون يجب أن يتبع لمصلحة الولد (فاليرى ص ١١٣٩ — ١١٤٦)

فى الاعلام الشرعى المشار اليه [٤]

عدم اختصاص المحاكم المختلطة

كذلك حكم بان المحاكم المختلطة لا تستطيع الحكم فى مسألة البنوة المتنازع فيها والتى أوقفت بسببها الحكم فى القضية الاصلية ريثما يحكم فى مسألة البنوة من محكمة الاحوال الشخصية المختصة حتى لو امتنعت هذه المحكمة من الحكم فى موضوع البنوة واكتفت بتقرير عدم جواز سماع الدعوى فيها بناء على قبول دفع فرعى اعتبرته من المسائل الأولية المانعة من سماع الدعوى

وفى هذه الحالة لا تحكم المحاكم المختلطة برفض الدعوى الاصلية بشكل قاطع وانما تحكم فقط برفضها بالحالة التى هى عليها rejet en l'état نظراً لعدم صدور حكم فى موضوع البنوة نفسه [٥]

وجوب الايقاف

وقضت كذلك بأن المحاكم المختلطة ليس مسموحاً لها بأن تقرر اختصاصها بالفصل فى مسألة من مسائل الاحوال الشخصية المتنازع عليها بين الخصوم مثل مسألة البنوة الشرعية الخاصة بأحد الخصوم فى قضية مرفوعة أمامها . بل يكون من واجب محكمة الاحوال الشخصية أن تحكم فيما اذا كان من الجائز قانوناً اثبات البنوة الشرعية المدعى بها وهل هى ثابتة فعلا بمقتضى الحالة الظاهرة Possession d'état المدعى بها ومثلها فى ذلك مثل السلطة الشخصية التابع اليها المتوفى : تختص بنظر ما يتعلق بوراثته ويجب عليها طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص أن تحكم فى كل الطلبات المتعلقة بوراثة المتوفى مهما كانت جنسية الخصوم فى دعوى الارث ويجب على المحاكم المختلطة أن توقف القضية فى مثل هذه الاحوال وتأمر الخصوم

---

(٤) س م ١٢ يونيو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٦٦ — ويلاحظ أن المحاكم المختلطة لها عند النزاع ان تبين ما هى السلطة المختصة بالحكم فى المسائل المتنازع عليها حتى تقضى موضوعياً فى القضية الاصلية المرفوعة اليها بمقتضى حكم سلطة الاحوال الشخصية المختصة — قارن س م ١٤ مارس ١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ١٦٢

(٥) س م ٢٦ فبراير ١٩٠٢ ع ت م ١٤ ص ١٦١ وكان حكم الاحوال الشخصية صادراً من القضاء الانجليزى فى احدى قضايا عبد الحليم الكابلى (بند ١٢٣)

بالالتجاء الى قاضى الاحوال الشخصية ليفصل بينهم فى موضوع البنوة ، فى مدة تحددها لذلك [٦]

وأخيراً قضت المحاكم المختلطة بأنه ليس لها سلطان تراقب بمقتضاه ماحكمت به محكمة الاحوال الشخصية فى موضوع البنوة الشرعية لتنظر بناء على أى المستندات قد بنت هذه المحكمة حكمها هذا [٧]

المبحث الرابع — جعل الولد شرعياً بالزواج

Legitimatio per subsequens matrimonium

٣٨٤ — يجيز بعض القوانين ، مثل قانون فرنسا وقانون سكوتلاند، للرجل والمرأة أن يقرا بالاولاد الذين حمل بهم أو ولدوا لهما قبل الزواج ويكون من شأن ذلك الاقرار جعل الاولاد فى حكم الاولاد المرزوقين من نكاح صحيح . وهذا أمر اختيارى للوالدين لايتم الا برضاهما و بعض القوانين لايجيز هذا النظام ومنها القوانين الانجليزية [١] والامريكية . وفى الشريعة الاسلامية لايحتاج الامر الى زواج جديد تنسب الاولاد اليه حكما بل يعتبر الاقرار بالبنوة اقراراً بهامن طريقها الشرعى وهو الزواج و بدون لزوم لاثباته حتى ولا لادعائه ، ويترتب عليه اعتبار الولد شرعياً من كل الوجوه . بعكس الحال فى فرنسا مثلا ففيها تمييز بين الاقرار بالبنوة أو دعوى ثبوت النسب خارج الزواج ، والاقرار قبل الزواج أو بمناسبة الزواج بوالدة الطفل . الاول يجعل الطفل ولداً طبيعياً له حقوق معينة فى القانون الفرنسى والثانى يجعله شرعياً استناداً الى الزواج الجديد

ويتوقف هذا الموضوع فى مصر على قانون الاحوال الشخصية التابع اليه الزوجان أو المدعى عليه كما لايحكم فيه الا السلطة القضائية أو الدينية التى تطبق

---

(٦) س م ١٥ مارس ١٩٠٦ ج ت م ١٨ ص ١٥٠

(٧) س م ٤ فبراير ١٩٠٩ ج ت م ٢١ ص ١٥٨

[٣٨٤] (١) قدم مشروع للبرلمان البريطانى بطلب اجازة هذا النظام وللآن لم يصدر به قانون

القانون المذكور . ويختلف الحل بحسب ما اذا كان هذا القانون يجيز النظام الذى نحن بصدده أو لايجيزه ومع ذلك لابد من احترام الحقوق المكتسبة تحت سلطان القانون الذى يختص بالحكم فى هذا الموضوع . وهنا لاشأن لقانون الجهة التى ولد فيها الطفل كما لاشأن أيضاً لقانون الجهة التى حصل فيها الزواج بالفعل . ولا يمكن أن يعتبر الولد شرعياً الا اذا أجاز ذلك القانون الشخصى للزوج وقت الزواج . وما دام الامر أن الطفل سيكون له القانون الشخصى الذى لأبيه فلا يقبل القول بجواز صيرورته شرعياً رغم مقتضى قانون الوالد وقت صيرورة الولد شرعياً لان ذلك يعد تناقضاً [٢]

كذلك يشترط بعض الاحكام الانجليزية أن يكون ذلك جائزاً بقانون الوالد وقت ولادة الطفل[٣] ولكن هذا شرط غير لازم فى نظرنا لان للانسان حقاً ثابتاً فى تغيير حالته ومتى تم تغيير الحالة قانوناً بتغيير الدين أو الجنسية تمتع الانسان بالحقوق الجديدة التى تجيزها الحالة الجديدة ويصح أن يكون منها الاقرار بالبنوة وهذا فى مصلحة الطفل البائس فيكون من التعنت حرمانه منه وهذا الرأى يطابق رأى ساقينى[٤]

المبحث الخامس — التبنى

Adoption

٣٨٥ — التبنى جائز فى القانون الفرنسى (مادة ٣٤٣ " مدنى) وفى بعض القوانين الاخرى وهو غير جائز فى الشريعة الاسلامية

ولكى يكون التبنى معتبراً فى مصر يجب أن يكون صحيحاً طبقاً لقانون الاحوال

---

(٢) وستليك وبنتويتش بند ٥٤ ص ١٠١

(٣) وستليك وبنتويتش بند ٥٥ ص ١٠٢

(٤) المرجع المتقدم وساڤينى بند ٣٨٠ و ص ٢٥٠ من ترجمة جوترى

الشخصية التابع اليه كل من الطرفين المتبنى والمتبنى [1] ولا حاجة عندنا لمراعاة مازاد عن مقتضيات هذين القانونين فاذا حصل التبنى فى جهة يتطلب قانونها شروطاً اقليميــة أخرى ولم تتحقق هذه الشروط فلا يكون التبنى فى مصر باطلا مادامت مقتضيات القانونين الشخصيين قد تحققت ، كذلك لاتأثير لمنع التبنى فى الشريعة الغراء على اعتباره صحيحاً فى مصر لان الشريعة سمحاء لاتتعرض للاحوال الشخصية بين غير المسلمين

المبحث السادس — المواريث والوصايا

٣٨٦ — المواريث والوصايا محكومة من حيث القانون الذى يطبق عليها فى مصر بمقتضى المادتين ٧٧ و٧٨ من القانون المدنى المختلط والمادتين ٥٤ و ٥٥ من القانون المدنى الاهلى اللذين يقابلانهما [1] وهى خاضعة لاختصاص محاكم الاحوال الشخصية بمقتضى المادة ٤ م م[2] والمادة ١٦ ل ت م أ

وسنتكلم هنا أولاً على الاختصاص ثم نتكلم على القانون

أولا : من حيث الاختصاص — ربما يظن أن النص على جعل مسائل المواريث والوصايا من اختصاص قضاة الاحوال الشخصية يمنع المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية من نظر أية قضيــة متعلقة بهذه المسائل ولكن الواقع أن هذه المحاكم لم تمنع منعاً قطعياً من نظرها الا اذا رفعت اليها بصفة أصلية . الاختصاص

---

[٣٨٥] (١) قارن ڤاليرى ص ١١٥٢

[٣٨٦] (١) راجع نصوص المادتين المختلطتين فى ص ١١٤ هنا والمادتان الاهليتان تختلفان عنهما فى أن الاولى تنص على « الاحوال الشخصية le statut personnel du défunt والنص العربى يقول « الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى » والغرض متفق بلا شك . وأما المادة الثانية الاهلية فهى تقابل الفقرة الاولى فقط من المادة ٧٨ المختلطة ولا تذكر الفقرة الثانية منها ولكنها تتكلم أيضاً عن « الاحوال الشخصية » بينما المادة المختلطة تتكلم مثل المادة التى قبلها على « شريعة الامة » التابع لها المتوفى أو الموصى

(٢) راجع نصها هنا فى ص ١١٤ وراجع شرحها فى بند ١٨١ و ١٨٢ و ٣٥٥ و ٣٥٧ ثم فى الكتاب الرابع

أما اذا رفعت اليها بصفة فرعية — بان حصل التمسك أمامها فى احدى القضايا المرفوعة اليها بصفة أصلية والتى هى داخلة فى اختصاصها بحسب القواعد العامة المتعلقة بوظائف المحاكم (٣) — فانه يكون من اختصاصها أن تنظر فى هل من ضرورة للايقاف بسبب نشوء النزاع على المواريث أو الوصايا أم أن نقطة النزاع فى هذه المسائل لا تحتاج الى الحصول على حكم من سلطة الاحوال الشخصية المختصة (٤) فاذا وجدت أنه ليس ثمت محل للايقاف فانها تطبق القانون الواجب تطبيقه فى نقطة المواريث او الوصايا وتفصل فى الموضوع الاصلى المرفوع امامها ، بدون ان تحيل الفصل فى النقطة المذكورة الى المحكمة الشخصية المختصة

ما تختص به المحاكم الاهلية والمختلطة

وفضلا عن ذلك فان المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية مختصة دون غيرها من المحاكم ، بالنظر بصفة أصلية فى بعض المواضيع الهامة المتعلقة بالمواريث والوصايا وذلك فى قضايا القسمة وقضايا وضع اليد على المنقولات أو العقارات التى تتكون منها التركة وفى قضايا الادارة المؤقتة أو الحراسة القضائية فى حالة النزاع على الأموال المذكورة وفى قضايا الحساب بشأن التركة بين الورثة فيما بينهم ، أو فيما بينهم و بين الدائنين سواء كانوا دائنى التركة أو دائنى أحد الورثة

ما تختص به المحاكم الشخصية

ولذلك فان ما يتبقى لاختصاص قضاة الاحوال الشخصية به فى مسائل التركات والوصايا هو القضايا المتعلقة مباشرة بتعيين المحل الذى فتحت فيه التركة أو ببيان من هم الورثة أو دعاوى المطالبة بالميراث Action en pétition d'hérédité (٥) وأهلية الشخص للوراثة وهل هو ممنوع أو محروم منها لسبب خاص (٦) كالقتل أو اختلاف الدين أو اختلاف الدارين ، وما هو مقدار نصيب كل وارث وكل

---

(٣) راجع فيها كتاب المرافعات بند ١٢٣ ،، وبند ٢٧٦ ،، وبند ٥٣٢ ،،
(٤) راجع فى بيان الاحوال التى يجب فيها الايقاف أو لا يجب كتاب المرافعات بند ٢٩٣
(٥) س م ١٩ دسمبر ١٨٩٤ ج ت م ٧ ص ٥٥
(٦) س م ١٣ يونيه ١٨٩٥ ج ت م ٧ ص ٣٢٨

ما تعلق بصحة الوصية أو بطلانها وأهلية الموصى له أو عدم أهليته للايصاء اليه[٧] والدعاوى المرفوعة بشأن تخفيض المبالغ الموهوبة أو الموصى بها ، للحد الجائز قانوناً للمتوفى ان يتصرف فيه بغير عوض[٨] اذا مارفعت هذه المسائل بصفة دعاوى اصلية الى سلطة الاحوال الشخصية المختصة

اما اذا قام النزاع على هذه المسائل بصفة فرعية أثناء نظر دعاوى أخرى أمام المحاكم المختلطة أو الاهلية فانه يجوز لهذه المحاكم أن تطبق فيها القانون المختص اذا لم تر محلا لطلب الايقاف ريثما يفصل فيها من سلطة الاحوال الشخصية المختصة (بند ١٨١)

ثانياً : من حيث القانون — القانون الذى يحكم به فى مادة المواريث هو قانون ديانة المتوفى أو الموصى اذا كان من المصريين وقانون جنسيته اذا كان من الاجانب (ويصح أيضاً أن يكون قانون موطنه أو ديانته بحسب الاحوال — بند ٢٩٦ مكرراً) وذلك بصرف النظر عن السلطة التى تحكم فى الموضوع سواء كانت المحاكم المختلطة أو الاهلية أو الشخصية و بصرف النظر عن مشتملات التركة سواء كانت منقولات أو عقارات كائنة فى مصر أو فى غير مصر[٩] ومع ذلك فهناك استثناءات نصت عليها المادتان ٧٧ و ٧٨ مدنى مختلط فلا يتبع فيها القانون الشخصى بل تتبع فيها قواعد خاصة

وهذه الاستثناءات التى لا يتبع فيها القانون الشخصى هى ما يأتى : —

ارث منفعة الوقف

١) ارث حق الانتفاع فى الاموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية[١٠] (٥٤ / ٧٧) وقال المرحوم فتحى باشا زغلول انها الشريعة الاسلامية[١١]

---

(٧) س م ٤ فبراير ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ١٧٩
(٨) س م ٣٠ يناير ١٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ١٠٦
(٩) س م ٢٥ ابريل ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ٢٠٧
(١٠) Le droit de succesion à l usufruit des biens wakfs est réglé d'après la loi locale
(١١) أحمد فتحى زغلول باشا ، شرح القانون المدنى ص ٧٧

وهذا النص غامض ولا يمكن تفسيره الا بالرجوع الى المادة ١٨ / ٣٧ مدنى التى نصها كما يأتى : حق المنفعة المعطى من ديوان الاوقاف[١٢] قابل للانتقال من يد الى أخرى بمقتضى اللائحة المؤرخة فى ٧ صفر ١٢٨٤ (١٠ يونيه ١٨٦٧ وهو قانون عثمانى خاص بالاوقاف) ويجوز تأجيره أو اعطاؤه بالفاروقة

المنفعة هنا غير الاستحقاق

من المؤكد أن المادة ٥٤ / ٧٧ ، وهى تنص على ارث حق الانتفاع فى الاموال الموقوفة ، لا ترمى الى الكلام على حق الاستحقاق فى الوقف[١٣] لان انتفاع المستحق بالغلة ليس من الحقوق التى تورث عن الواقف أو عن أحد المستحقين ، وانما تولد بارادة الواقف الظاهرة من شروطه فى الوقفية كذلك ليس المراد بالشريعة المحلية نصوص الشريعة الاسلامية لانها لا تجيز ارث المنفعة (قارن اللائحة السعيدية فيما يتعلق بارث منفعة الاراضى الخراجية)

والارث حقيقى وطبقاً للقانون العثمانى

وانما المقصود من ارث حق الانتفاع فى الاموال الموقوفة هو ارث حقيقى يحصل طبقاً للائحة ٧ صفر المشار اليها ولا يتناول الاستحقاق طبقاً لشروط الواقف لان المفروض فى الاموال الموقوفة التى يسرى عليها حق الارث المذكور انها فى الغالب أموال قد انقرض مستحقوها وآلت لوزارة الاوقاف (ديوانه سابقاً) فأقطعتها[١٤] لشخص أو أشخاص بمقتضى عقد[١٥] يطلق عليه اسم « الاجارتين »

الاجارتان

وهو عقد تؤجر به جهة الوقف مكاناً مبنياً عامراً « المسقفات » أو غير مبنى ولكنه ذو ايراد « المستغلات » ، اجارة مستمرة لغير أجل مسمى على أن يقوم المستأجر

---

(١٢) يلاحظ أن اللائحة المشار اليها بعد تسرى على حق الانتفاع المعطى من وزارة الاوقاف وعلى غيره مما يرد ذكره فى حاشية ١٥ بعد

(١٣) قارن دوهلتس ٤ ص ٣٨٦ بند ٥

(١٤) اللفظ وارد فى المادة الثامنة من قانون ٧ صفر الآتى بيانه فى حاشية ١٦

(١٥) نصت المادة السابعة من القانون المذكور على انه لا يسرى الا على الاوقاف التى أنشاها السلاطين أو أعضاء العائلة الامبراطورية والاوقاف التى أسندت ادارتها الى الحكومة نظرا لانقراض مستحقيها وانه يجوز للواقفين من الافراد الآخرين الذين لهم الحق فى تعديل شروط الوقف أن يعدلوها طبقاً لهذا القانون

بحفظ العين وصيانتها بمصاريف من طرفه مهما عظمت وأن يدفع لجهة الوقف « أجرتين » الاولى « المعجلة » وهى مبلغ يدفع مرة واحدة قبل الاستلام والثانية « المؤجلة » وهى مبلغ يدفع سنوياً(١٦) وقد نصت المادة السادسة من قانون ٧ صفر على ان هذا القانون اختيارى وانه يجب على واضعى اليد على « المسقفات والمستغلات » الذين يريدون الانتفاع من نصوصه أن يجددوا المستندات التى بمقتضاها قد وضعوا أيديهم بطريق الاجارتين ، على الشكل الذى يقرر فيما بعد

طريقة الميراث

وأما طريقة الميراث المنصوص عليها فى قانون ٧ صفر والتى تنتقل بها ملكية المنفعة من صاحب الاجارتين الى ورثته فهى واردة فى المادتين الاولين منه وهى طريقة خاصة يستوى بها الذكر مع الانثى فى الميراث ويقدم الابناء والبنات على من عداهم ويليهم أولاد الابناء والبنات بالتساوى بينهم وفى المرتبة الثالثة يرث الأب والام وفى الرابعة الاخوة والاخوات لأبوين وفى الخامسة الاخوة والاخوات لأب وفى السادسة الاخوة والاخوات لام وفى السابعة الزوج أو الزوجة ويحجب أهل المرتبة الاولى من يليهم وهكذا وهناك بعض تفاصيل أخرى فى المادة الثانية

الحكر وخلو الانتفاع

ذلك معنى لفظ « القانون المحلى » المشار اليه فى المادة ٥٤/٧٧ وهو لا يطبق بالضرورة الا اذا كان حق المنفعة فى الوقف قد آل بطريق عقد « الاجارتين » وتحققت الظروف الاخرى التى يتطلبها قانون ٧ صفر المشار اليه . فاذا لم تتحقق هذه الشروط كان ارث المنفعة طبقاً للقوانين المحلية الاخرى لان العمل يجب أن يكون طبقاً للقانون المحلى(١٧) مثال ذلك المنفعة المعطاة من طريق الحكر وخلو

---

(١٦) قارن دوهلتس ٤ ص ٣٨٥ و ٣٨٦ وفتحى باشا ص ٢٩١ والمقدمة والتعليقات الرسمية على القانون العثمانى بشأن الاوقاف الصادر فى ٧ صفر ١٢٨٤ وهو المشار اليه فى المادة ١٨ / ٣٧ وهو بلا شك غير القانون العثمانى ذى التاريخ نفسه الصادر بشأن ملكية الاجانب للعقارات فى الامبراطورية العثمانية : هذا مكون من خمسة مواد وقانون الاوقاف مكون من تسعة وهذا الاخير منشور فى قاموس القضاء والادارة الفرنسى لجلاد بك المجلد السادس ص ٥٧٦ — ٥٧٧ تحت كلمة Wakf

(١٧) قارن دوهلتس ٤ ص ٢٨٦ نمرة ٥ وجرانمولان ، العقود ص ١٦٦ ، ،

الانتفاع وغيرهما مما لا يدخل تحت نصوص لائحة ٧ صفر [١٨]

الوقف خاضع للقانون الشخصى

ويلاحظ أن وجوب اتباع القانون المحلى فى ارث حق الانتفاع فى الاوقاف لا يشمل حق المالك فى وقف أملاكه فقد حكمت المحاكم المختلطة بأنه من اختصاص قضاة الاحوال الشخصية الحكم فيما اذا كان الموصى يستطيع أن يوقف أملاكه طبقاً لقانون جنسيته وذلك لأن المشرع المصرى لم يخضع للقانون المحلى غير ارث حق الانتفاع . أما حق الوقف فهو خاضع للقانون الشخصى التابع اليه الواقف ولذلك فالوقفية المشتملة على استحقاق ذرية الواقف (وهو فرنسى) طبقة بعد طبقة الى أن تنقرض الذرية تكون باطلة طبقاً للقانون الفرنسى الذى يمنع ذلك فى المواد ١٠٤٨ مدنى فرنسى وما بعدها [١٩]

هذا وقد نصت المادة ٧٧ مختلط على ارث حق الانتفاع فى الاراضى الخراجية فألحقته أيضاً بأحكام الشريعة المحلية وقد أصبحت الاراضى الخراجية فى مصر مملوكة ملكا تاماً لمن كان لهم فيها حق المنفعة وبذلك زال التمييز بين الاراضى الخراجية والاراضى المملوكة ملكا تاماً لاصحابها ونشأ عن ذلك تعديل المادة السادسة من القانون المدنى الأهلى التى أصبحت تنص على ما يأتى : تسمى ملكا العقارات التى يكون للناس فيها حق الملك التام بما فى ذلك الاطيان الخراجية [٢٠]

فسخ الملكية بسبب المواريث

٢) فسخ الملكية العقارية بمقتضى قوانين الميراث : ينبنى على خضوع مادة المواريث لقوانين الاحوال الشخصية التابع اليها الميت وجوب اتباع هذه القوانين بشكل مطلق فيما يتعلق بتقسيم التركة بين من يستحقونها طبقاً لتلك القوانين . ولما كان بعض القوانين ينص على وجوب اعطاء بعض الورثة نسبة معينة من

---

(١٨) راجع فى تعريف خلو الانتفاع ، شرح القانون المدنى لفتحى باشا زغلول ص ٣١٨ وهو يسميه « حلول الانتفاع » نقلا عن اللغة الفرنسية

(١٩) س م ١٨ مايو ١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ٣١٨

(٢٠) المادة ٦ تعدلت بدكرتو ٢٦ ربيع الاول ١٣١٤ الموافق ٣ سبتمبر ١٨٩٦ وقد كان ميراث منفعة الاراضى الخراجية حاصلا طبقا للائحة السعيدية المؤرخة ٢٤ ذى الحجة ١٢٧٤ (٥ اغسطس ١٨٥٨) دون الشريعة الاسلامية التى لا تجيز فيها الميراث

التركة لكل واحد منهم بحيث لا يكون للمتوفى حق حرمانهم منها وهو ما يسمى بالفرنسية légitime réserve فقد يضطر الموهوب له أو الموصى له أن يرد الى التركة ما يلزم لتكملة نصيب الوارث الذى لم يوف نصيبه وفى هذه الحالة لا يخلو الحال من أحد أمرين اما أن يكون الموهوب له أو الموصى له قد تصرف فى العقارات واما أن لا يكون : فاذا كانت على ملكه ولم ينشئ عليها حقوقاً عينيـة للغير كالرهن بنوعيه فيجب عليه الرد طبقاً للقانون الذى يحكم التركة أما اذا كان قد تصرف فى العقارات الموهوبة له أو أنشأ عليها حقوقاً للغير أو حصل الغير على حق اختصاص عليها (وهو فى حكم الرهن من حيث هو حق عينى عقـارى) فان المادة ٧٨ م م تنص على احترام التصرف أو الرهن أو الاختصاص وعدم المساس به فلا يحصل الرد الى التركة فيما يضر بحقوق من حصل اليه التصرف أو الرهن أو الاختصاص

وهذا يعتبر استثناء اقليمياً من القاعدة التى تقضى بأن فسخ حقوق الاصيل يستلزم فسخ حقوق خليفته Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis ولكنه استثناء أريد به ضمان الثقة العقارية أوجبه القانون الاقليمى ضد ما قد تأمر به القوانين الشخصية

كذلك اذا كان فى القانون الذى يحكم التركة نص على تقييد حرية المتوفى فى الهبة أو الوصية بحيث لا يتجاوز حقه فيهما نسبة معينة من التركة la quotité disponible فان الرجوع يحصل طبقاً للقانون الشخصى ما دام أن الموهوب له أو الموصى لم يتصرف . أما اذا تصرف أو أنشأ رهوناً على العقار فلا يتبع القـانون الذى يحكم التركة بل تصان حقوق الغير طبقا للمادة ٧٨ م م [٢١]

---

(٢١) القانون الفرنسى مثلا يجعل للابن الواحد نصف التركه يأخذه كاملا بعد نقض الهبات والوصايا التى لا تنفذ فى هذه الحالة فى أكثر من النصف ، وللابنين حق فى الثلثين وللثلاثة حق فى ثلاثة أرباع التركة وكذلك اذا زادوا عن ثلاثة ؛ ولولد السفاح نصيب لا ينقص بالتبرعات أيضا (٩١٣ مدنى فرنسى وما بعدها) والذى يجعل هنـاك فرقا كبيرا بين هذه النصوص ونصوص الشريعة الاسلامية فى الموضوع ان الهبات الحاصله فى القانون الفرنسي حال

شرط حسن النية من الغير

ويشترط فى كل الأحوال أن يكون هناك حسن نية من الغير بمعنى أنهم لا يعلمون وقت التصرف أو الرهن أن الحق الذى اكتسبوه معرض للفسخ فاذا ثبت علمهم صح الفسخ (وفى الرجوع فى الهبة على العموم راجع بند ٣٨٧)

القانون اليونانى

وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً للمادة ٧٨ م م انه فى القانون اليونانى وفى القانون الرومانى الذى لا يزال معمولا به فى بلاد اليونان تفقد الارملة التى تتزوج ثانية حق ملكية الرقبة la nue propriété فى الربع الذى ورثته من تركة زوجها الاول ويؤول هذا الحق لأولادها من زوجها المذكور ولا يبقى لها غير حق الانتفاع فى ربع التركة المذكورة غير أن فسخ الملكية الناشئ عن زواجها الثانى لا يمكن فى القانون المختلط أن يضر الدائنين المرتهنين حسنى النية فيستمر رهنهم رغم زوال ملكيتها [٢٢]

سبب الاستثناء ليس محصورا

ويلاحظ أن الاستثناء الاقليمى المذكور ليس مقصوراً على الحالتين المنصوص عليهما فى ٧٨ م م بل انه يشمل جميع الاحوال المشابهة لهما حيث قد ورد فى المادة لفظ «أو نحو ذلك .etc» عقب الكلام على «تجاوز الواهب أو الموصى حق النصاب أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً» وبناء على ذلك حكمت المحاكم المختلطة بأنه اذا أقرض أحد المصارف تركة من التركات مبلغاً من المال وأخذ رهناً على عقارات التركة بعد أن تحرى عن الورثة واستعمل كل الحيطة والتبصر اللازمين من جانب من يقرض أموالا لتركة من التركات ولم يكن ثمت ما يحمله على معرفة وجود ورثة آخرين غير من تعاقد معهم فان ظهور ورثة آخرين لم تثبت وراثتهم الا من بعد صدور حكم بشأن جنسية المتوفى ، لا يكون من شأنه رفع الرهن عن الجزء الذى يخص الورثة المستجدين مما تعاقد عليه الورثة الاولون [٢٣]

الصحة تدخل ضمن ما يرد الى التركة بعكسها فى الشريعة الغراء فان الهبة الحاصلة فى غير مرض الموت تكون صحيحة ولو استنفدت جميع اموال الواهب ولا يكون للورثة حق فى نقضها

(٢٢) س م ٢٥ ابريل ١٩٠٦ ج ت م ١٨ ص ٢٠٧

(٢٣) س م ١٢ مارس ١٩١٨ مج ت م ٣٠ ص ٢٧٥

مقارنة الشرائع في المواريث

٣٨٦ب — مقارنة الشرائع : يجب ملاحظة أن كثيراً من الشرائع الاجنبية يميز في التوريث بين المنقولات والعقارات كما يميز بينها في الوصايا

أما العقارات فيكون توريثها في الشرائع المذكورة طبقاً لقانون موقعها Lex rei sitæ لا طبقاً لقانون جنسية المتوفى أو قانون موطنه فاذا ترك المتوفى عقارات متعددة واقعة في ثلاثة أو أربعة بلاد مختلفة محكومة بقوانين مختلفة فيكون الارث بالنسبة لكل منها خاضعاً لقانون موقعه لا يرثه الا من يكون له الحق فيه طبقاً لقانون موقع العقار وقد يكون الارث في المنقولات خاضعاً لقانون آخر غير جميع القوانين التي تحكم التوريث في العقارات . وهذه الحالة تحصل في انجلترا و بلچيكا وهولاندا والنمسا والمجر والروسيا والولايات المتحدة الامريكية وفرنسا وبعض البلاد الاخرى ومع ذلك يلاحظ أن محاكم هذه البلاد قد تتوصل الى تطبيق قانونها الخاص على العقارات الواقعة في بعض البلاد الاخرى مثل مصر وذلك اما بمقتضى نظرية « الرجوع » renvoi واما بمقتضى فكرة أخرى تحل محلها كما شرحناه في بند ٢٩١ و٢٩٦ مكرراً و٢٩٧

وأما المنقولات فانها تخضع من حيث الميراث اما لقانون محل المتوفى كما في المادة ١١٠ مدني فرنسي — وقد تلتجئ المحكمة الى نظرية « الرجوع » لتطبق قانونها على المنقولات بتصريح من قانون محل المتوفى كما حصل في قضية فورجو الواردة في بند ٢٩٤ — واما لقانون جنسية المتوفى كما هي الحال في القانون الايطالي

والواقع أن القانون الايطالي يجعل المواريث والوصايا جميعها محكومة بقانون جنسية المتوفى فيما يتعلق بترتيب الورثة وانصبائهم وصحة الوصية من حيث الجوهر ومن حيث الشكل (وفي هذا تفصيل يرجع فيه الى بند ٢٦٧) وذلك بصرف النظر عن طبيعة الاموال الموروثة منقولة كانت أو عقارية وهذه الاحكام مطابقة لنظرية القانون المصري في الموضوع بل ان هذا يتغالى من حيث الشكل في الوصية فيجعله خاضعاً للقانون الشخصي بدون أن ينص على جواز حصول الشكل طبقاً

لقانون الجهة التى حصلت فيها الوصية (راجع البند التالى) وغير خاف ما يترتب على هذا النظام من توحيد الحكم فى التركة الواحدة باعتبارها مجموعة أموال يحكمها كلها قانون واحد هو قانون جنسية المتوفى ومع ذلك فهناك مضار متعددة تنجم من هذا النظام وهى :

فوائد ومضار القوانين الشخصية بالنسبة للعقارات

أولا : أنه يجعل النظام العقارى فى البلد خاضعاً لقوانين أجنبية متعددة بتعدد الامم الموجودة فى العالم فيقلل الثقة العقارية بسبب عدم امكان معرفة الملاك الحقيقيين للعقارات الموروثة ، على وجه ظاهر غير مشكوك فيه ، وهو ما ينشأ عن اختلاف أحكام القوانين المختلفة وما تشترطه لصحة الوصية ولجواز الميراث

ثانياً : انه يجيز تطبيق قوانين أجنبية على عقارات مصرية مع أن مرماها قد يكون مخالفاً لمبادئ النظام العام السائدة فى مصر . مثال ذلك توريث أولاد السفاح الجائز بمقتضى القانون المدنى الفرنسى فى المواد ٧٥٦ ،، فهذا مخالف للنظام العام فى مصر عند المسلمين وعند المسيحيين على السواء ومع ذلك فهو حاصل فى مصر بسبب جعل توريث العقارات خاضعاً للقوانين الشخصية بلا شرط ولا قيد . ومن المسلم به فى فرنسا أنه لا يجوز تطبيق قانون أجنبى فيها على الميراث اذا كان ذلك القانون يمنح اولاد السفاح المعترف بهم حقوقاً أكثر مما يمنحهم القانون الفرنسى . كذلك يقولون ان النظام العام الفرنسى يأبى الاعتراف بتوريث المالك لتركة الرقيق الذى كان يملكه[1] فاذا كان الأمر عندهم كذلك فكيف يجيز القانون المصرى توريث الاراضى المصرية لأولاد السفاح على مقتضى القانون الفرنسى !

ثالثاً : يترتب على اتباع القانون الشخصى بالنسبة لتوريث العقارات فى مصر انه يؤدى الى تمليك العقارات المصرية الى الحكومات الاجنبية التى يتوفى رعاياها فى مصر بغير ورثة ولا وصية فان الحكومة ترث من لا وارث له من رعاياها و بذلك

[٣٦٧ب] (١) محكمة تونس المدنية فى ٢١ فبراير ١٨٨٩ وڤاليرى ص ١٢٠٣ حاشية ٢

يمكن أن تنتقل ثروات عقارية مصرية مهمة الى الحكومات الاجنبية فى الوقت الذى كان يجب أن تكون الوراثة فيها للحكومة الاقليمية

المعاهدات

هذا وتوجد معاهدات خاصة بين بعض الدول — منها فرنسا والنمسا والروسيا والصرب والمكسيك — من مقتضاها جعل وراثة العقارات خاضعة لقانون موقعها ووراثة المنقولات لقانون جنسية المتوفى[٢]

كذلك توجد معاهدات أخرى من مقتضاها تحديد الاختصاص القضائى بشأن التركات وتحديد اختصاص القناصل . وقد عمل مشروع معاهدة فى مؤتمر لاهى ولكنه لم يقبل من الدول (بند ٢٨ حاشية ١)

الامتيازات الاجنبية

وقد اعطت الامتيازات الأجنبية حقوقا خاصة لقناصل الدول على تركات رعاياهم ولكن هذه الامتيازات لا ظل لها داخل البلاد التى حصلت عليها بمعنى أن قناصل الدول التى منحت الامتيازات لا يكون لهم حقوق بالنسبة لتركات رعاياهم فى البلاد التى حصلت على الامتيازات وهذا ناشئ عن فكرة عدم التبادل فى الامتيازات (بند ١٥٤)[٣]

ومع ذلك فقد قضت العادة بين الدول بالرغم من عدم وجود معاهدات ، بان يكون للقناصل دائماً حق رجاء السلطات المحلية فى وضع الاختام وعمل الجرد اللازم كلما توفى أحد رعاياهم ولم يترك ورثة بالغين وموجودين حيث توجد التركة أو جزء منها[٤]

هذا ويصح الرجوع لما ذكرناه من قبل بشأن المواريث فى البنود الآتية ٧٢ بخصوص الضرائب على تركات الملوك ، ٨٣ بخصوص افتتاح التركات فى محل

---

(٢) ڤاليرى ص ١١٩٢

(٣) محكمة اكس فى ٩ يوليه ١٩٠٣ كلونيه ١٩٠٤ ص ١٥٠ ودالوز ١٩٠٥ ، ٢ ص ٧٣ وتعليق المسيو پوليتيس عليه ، وڤاليرى ص ١١٩٧ حاشية ٣

(٤) قارن ڤاليرى بند ٨٤٦ ص ١١٩٩ حاشية ١

اقامة المتوفى وتركة البرنسيس نظلى ، ١٢٢ بخصوص تركة فارسية متنازع عليها ، ١٢٣ بخصوص تركة عبد الكريم الكابلى ؛ ٢٢٥ بخصوص حرمان البنات من الميراث ، ٢٤٠ فى رأى شفنر فى المواريث ، و ٢٤٤ فى رأى ساقينى فيها وبندى ٢٥٦ و ٢٥٧ فى نظرية « الاحوال » الحديثة وبند ٢٦٧ فى القانون الايطالى ، و٢٧٠ فى المقارنة بين رأى ساقينى وغيره ، وبند ٢٩١ فى تطبيق نظرية « الاحالة » بالنسبة للمواريث فى انجلترا (قضية بينز) وبند ٢٩٢ قضية جرانت و٢٩٤ قضية فورجو وبند ٢٩٩ فى الاهلية لعمل الوصية والجدولين الثانى والثالث من جداول الاحالة ص ٣١٨ و ٣١٩ و بند ٣٧٩ حاشية ٣ فى التفريق بين الميراث وما ينشأ عن مشارطات الزواج بعد الوفاة و بند ٣٨٨ فى العقارات .

ويرجع الى الكتاب الرابع لمعرفة القانون الذى يطبق على تركات غير المسلمين من المصريين والاختصاص فى ذلك وفى مسائل الاوقاف على العموم .

٣٨٦ ج — شكل الوصية : تقرر المادة ٥٥/٧٨ من القانون المدنى المصرى أن شكل الوصية محكوم بحسب قانون ديانة الموصى أو جنسيته ومعنى ذلك أن الوصية الصحيحة الشكل طبقاً لذلك القانون تعتبر صحيحة أمام المحاكم المصرية من كل الوجوه ؛ وينبنى على ذلك أنه اذا عملت الوصية فى مصر طبقاً للشكل المطلوب فى قانون جنسية المتوفى أو ديانته فانها تعتبر صحيحة أمام جميع محاكم العالم نظراً لان القانون المصرى — وهو قانون الجهة التى حصلت فيها الوصية — يجعلها صحيحة متى كانت مصاغة فى شكل قانون الجنسية أو الديانة (بندى ٢٩١ و ٢٩٧) وقد تصل المحاكم الأجنبية الى هذا الحل من طريق نظرية الاحالة كما يمكن القول بصحة الحل المذكور بدون التجاء الى فكرة الاحالة نظراً لعدم وجود قانون وطنى واحد للمصريين يمكن أن يطلق عليه لفظ القانون الاقليمى فى الموضوع ونظراً لوجود قوانين شخصية متعددة يتبع كل منها بالنسبة لطائفة معينة من الاشخاص (بندى ٢٩٦ مكرراً و ٣٠٠)

ما حكم شكل بلد تحرير الوصية ؟

هذا ومن المسائل المحفوفة بالمصاعب معرفة الحكم فى حالة ما اذا عرضت أمام احدى المحاكم المصرية الاهلية أو المختلطة وصية صحيحة الشكل طبقاً لقانون الجهة التى عملت فيها أو لقانون الجهة الكائنة بها العقارات الموصى بها ولم تكن صحيحة فى الشكل طبقاً للنصوص المتعلقة بالشكل نفسه الواردة فى قانون الاحوال الشخصية التابع اليها الموصى . ظاهر أن هذه من مسائل الاحوال الشخصية وخارجة عن اختصاص المحاكم الاهلية والمختلطة ويجب أن يفصل فيها قاضى الاحوال الشخصية التابع اليه الموصى وهذا القاضى يحكم بمقتضى القواعد المقررة فى قانونه . فاذا حصل نزاع جدّى بخصوص صحة الوصية من حيث الشكل وجب إيقاف القضية الاصلية واحالة الخصوم على قاضى الاحوال الشخصية المختص ليحكم فى صحة الوصية أما اذا لم يكن ثمت نزاع جدّى بمعنى أن المحاكم الاهليـة أو المختلطة لم تر ضرورة للايقاف فانه يكون من واجبها أن تطبق القانون الشخصى طبقاً للمادة ٥٥ / ٧٨ وهنا محل التساؤل هل تطبقه من حيث نصوصه المبينة للشكل ذاته أو من حيث قواعده المتعلقة بالقانون الدولى الخاص فيما يختص بالشكل هذا البحث هو المعروف بنظرية الاحالة (بند ٢٨٥ ») وهنا يجب ملاحظة عدم اختصاص المحاكم الاهلية أو المختلطة بالحكم بأمر يكون مخالفاً لما تحكم به محكمة الاحوال الشخصية المختصة وذلك رغم نص المادة ٥٥ / ٧٨ . ومن ثم يصح القول هنا بوجوب الحكم بما كانت تحكم به المحكمة المذكورة لو عرض عليها النزاع ولذلك يتغير وجه السؤال فلا تكون المحكمة الاهلية أو المختلطة مقيدة باتباع النصوص المبينة المتعلقة بالشكل الوارد فى القانون الشخصى بل تكون مقيدة باتباع الحكم الذى كانت تقضى به المحكمة المختصة لو عرضت عليها القضية ويكون السؤال المطلوب الاجابة عليـه « ما هو الشكل الذى يحكم به قاضى الاحوال الشخصية المختص لو عرضت عليه نقطة النزاع الخاصة بالشكل »

الخلاصة

ولذلك يكون شكل الوصية محكوماً فى مصر بأحد قانونين أما القانون الشخصى

نفسه عند عدم النزاع واما القانون الذى يشير اليه القانون الشخصى أو يحكم به قاضى الأحوال الشخصية عند النزاع . وتكون النتيجة أن شكل الوصية يعتبر صحيحاً فى أغلب الأحوال اذا كان صحيحاً طبقاً لقانون الجهة التى حصل فيها وذلك لأن أغلب قوانين العالم المتمدين تجيز شكل قانون الجهة التى عملت فيها الوصية

المبحث الثالث — الهبة

٣٨٧ — الهبة محكومة فى مصر بمقتضى المواد ٤٤/٦٦ و ٤٨ / ٧٠ الى ٥٣/٧٦ و ١٤٣/٢٠٤ و ٥٣٩/٦٦١ مدنى والمواد ٢٢٧ / ٢٣٥ و ٢٢٩ / ٣٣٦ و ٣٦١/٣٧٢ ،، من القانون التجارى ؛ و بمقتضى قوانين الاحوال الشخصية المختلفة فيما لم ينص عليه القانون المدنى والتجارى : من أجل ذلك وردت بعض أحكامها فيهما ونصت لائحة ترتيب المحاكم الاهلية فى المادة ١٦ على عدم اختصاص هذه المحاكم بمسائل الهبة . . . وغيرها مما يتعلق بالاحوال الشخصية . . . (1)

ولم يرد فى القوانين المختلطة نص صريح على منع المحاكم المختلطة من نظر قضايا الهبات اللهم الا النص العام الوارد فى المادة ٩ من لائحة الترتيب فانه يستثنى مسائل الاحوال الشخصية بوجه عام ، على أن المادة ٤ مدنى مختلط لم تذكر الهبة ضمن المسائل الباقية فى اختصاص قضاة الاحوال الشخصية .

ما يخص القانون المدنى

والهبة عقد بين الاحياء entre vifs نص القانون المدنى على بطلانه اذا مات الواهب أو زالت أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له ومع ذلك فاذا مات هذا

---

[٣٨٧] (١) وقد قال المرحوم فتحى باشا زغلول فى هذا الموضوع ص ٨٢ من شرح القانون المدنى ما يأتى : « لم يأت القانون بجميع احكام الهبة ولكن نقب تنقيبا فجاء بطرف من كل معنى تاركا ما لم يذكره لاحكام الشريعة (والاحوال الشخصية للديانات والجنسيات الاخرى بالضرورة) ليتحقق بذلك معنى الاستثناء الوارد فى المادة ١٦ من لائحة الترتيب . والمحاكم الاهلية مختصة بنظر الهبة في جميع ما نص عليه القانون »

صح قبول الهبة من ورثته واذا كان غير أهل للقبول صح قبولها ممن يقوم مقامه كذلك يحكم القانون المدنى شكل الهبة من كل الوجوه متى حصلت فى مصر أو وقعت على عقارات أو منقولات موجودة فى مصر بمعنى أن الشكل الرسمى واجب للهبة ايجاباً وقبولا (مع حصول التسجيل فى مصر فى المكتب التابع اليـه العقار طبقاً لقانون التسجيل الجديد) ما لم تتخذ وصف عقد آخر فتكون مستترة déguisée فلا يكون الشكل الرسمى واجبـاً وان وجب التسجيل على كل حال لاجل انتقال الملكية ، أو تكون خفية indirecte أو يحصل التسليم بالفعل اذا وقعت على منقول وذلك لا ينفى أنه اذا كان الطرفان خارج القطر أو أحدهما خارجه أن يكون العقد الرسمى أو الايجاب أو القبول مصاغاً فى الشكل الرسمى الذى شرعه قانون البـلد الاجنبى[٢]

كذلك لا يصح أن تحصل الهبـة اضراراً بدائنى الواهب (٧٤ م م) ولو اتخذت شكل الوقف والا كانت باطلة بالنسبة للدائنين

ما يخص الاحوال الشخصية

ذلك ما اختص ببيانه القانون المدنى أما ما يتعلق باهلية الواهب للتبرع[٣] وأهلية الموهوب له لقبول التبرع [مثال ذلك لا يجوز فى القانون الفرنسى (٩٣٤ مدنى) للمرأة المتزوجة أن تقبل هبة الا بموافقة زوجها أو بتصريح من القضاء ، ولا يجوز للاشخاص المعنوية قبول الهبات الا بعد تصريح من الحكومة بدكريتو كما هو موضح فى المادتين ٩١٠ و٩٣٧ مدنى فرنسى] وبالاحوال التى يجوز فيها الرجوع عن الهبة[٤] أو التى توجب بطلانها أو نقص الموهوب بسبب كون الواهب قد

---

(٢) راجع فى هذا الموضوع بند ٣٢٥ ،،

(٣) حكم بناء على ذلك بأن القانون الايطالى يجعل الهبة مثل الوصية من حيث جواز الطعن فيها بعد وفاة الواهب بان لم يكن متمالكا لقواه العقلية وقت الهبة فاذا ثبت ذلك بطلت الهبة رغم كونه لم يكن محجورا عليه (س م ٢٩ مارس ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٦٠ نمرة ٢٦)

(٤) فيما يتعلق بالرجوع يرى المرحوم فتحى باشا زغلول انه غير جائز طبقا للقانون المدنى ، حيث يقول ص ٨١ : ان ظاهر القانون وروح التشريع فيه يقضيان بعدم جواز العدول

رزق أولاداً بعد الهبة أو نحو ذلك مما يتصل بالمواريث[٥] ، وما يتعلق بالنصيب الذى يجوز للواهب أن يتصرف فيه حال الصحة أو فى مرض الموت فان ذلك كله خاضع لحكم قانون الاحوال الشخصية التابع اليه المتعاقدين

هبة الخطبة

هذا وقد حكم بان جواز الرجوع فى الهبة الحاصلة بمناسبة الخطوبة التى عدل عنها هو من اختصاص المحاكم الشخصية المختصة بالزواج لا من شأن المحاكم الاهلية[٦]

متى كان العقد رسميا اما اذا التصقت الهبة بعقد آخر فالنص صريح فى تطبيق قواعد العقد المسمى والمقرر ان فسخ العقـــد بارادة أحد الطرفين وحدها غير جائز ولا مشاحة فى ذلك لتصريح القانون بانتقال الملكية فى العقار الموهوب الى الموهوب له بمجرد الايجاب والقبول (الآن بالتسجيل وحده) وعدم تمامهـــا الا بالقبض فى المنقول وروى الدكتور كامل مرسى بك فى كتابه الملكية والحقوق العينية ان القانون الفرنسى لا يجيز الرجوع فى الهبة ولكننا نلاحظ على ذلك ان نص المادة ٩٥٣ ،، من القانون المدنى يقضى بالرجوع فى ثلاث أحوال هى أولا عدم تنفيذ الشروط التى علقت عليها الهبة ، ثانيا بسبب اساءة الموهوب له الى الواهب أو عدم مقابلة الاحسان بمثله وثالثا اذا رزق الموهوب له باولاد ولم يكن له أولاد وقت الهبة ثم رأى الاستاذ ان القواعد الخاصـــة بالرجوع فى القانون المصرى فى الهبـة من احكام الاحوال الشخصية وأنها خارجة من اختصاص المحاكم الاهلية أو المختلطة . ونحن نرى ذلك أيضا ولكن فى علائق الواهب مع الموهوب له فقط بمعنى ان الفسخ يجب الا يضر الغـــير باى شكل من الاشكال لان العلاقة بين الواهب والموهوب له علاقة أحوال شخصية فيما لم ينظمه القانون المدنى واما علائق الموهوب له مع الغـير فعلائق مدنية بحتـة فاذا تصرف فى الموهوب أو استجدت عليه ديون بعد الهبة فلا يضار من حصل اليه التصرف ولا الدائنون اللاحقون — قارن المادة ٤٣٨ / ٥٠٠ مرافعات التى تنص على ان المبـالغ الموهوبة . . . المشترط عدم جواز الحجز عليها تحجز من الدائنين اللاحقين للهبة . . . وذلك لانهم اعتمدوا على وجودها ضمن ثروة المدين أو ماله ، يؤيدنا فى رأينا هذا القاعدة المقررة فى المادة ٦٠٧ / ٧٣٣ مدنى فيما يتعلق بالمنقولات ، وفيما يتعلق بالعقارات المادة ١٩٧ مختلط التى تحفظ حقوق الدائنين المرتهنين تأمينيا وهذا النص لا مقابل له فى الاهلى ومع ذلك فاذا كان الطرفان مسلمين فالرجوع غير جائز بعد التصرف طبقا للشريعة فلا يكون هناك صعوبة ما — قارن دوهلتس ٢ ص ٢٣ و ٢٤

قارن أيضاً « بار » بند ٢٨٥ حيث يرى أن الرجوع لايكون الا فيما بقى من الموهوب تحت يد الموهوب له وانه لايلزم بأكثر من ذلك الا اذا أجازه قانونه الشخصى وان قانون موقع الموهوب هو الذى يبين آثار الهبة

(٥) هذه النقطة بالذات وهى فسخ ملكية الموهوب له بسبب نصوص قوانين المواريث قد ورد حكمها فى الفقرة الاخيرة من مادة ٧٨ م م وقد ورد شرحها فى ص ٥٣٢ ،،

(٦) بنى سويف الكلية بهيئة استئنافية فى ١٧ ديسمبر ١٩١٤ شرائع ٣ ص ١٠٥ نمرة ٢٣

وقضت احدى المحاكم الجزئية الاهلية بأن الحكم فى جواز الرجوع فى الهبـة على العموم ليس أيضاً من اختصاص المحاكم الاهلية (٧)

تطبيقات

ويلاحظ أن المحاكم المختلطة كثيراً ما تقضى فى المواضيع الخاصة بالاحوال الشخصية فتطبق فيهـا القوانين الشخصية بدون أن ترى لزوماً للايقاف واحالة المسألة الشخصية على المحكمة المختصة وقد حكمت بناء على ذلك : —

من الشريعة

١) بان الشريعة الاسلامية تجيز الهبة من الوصى الى القاصر بمجرد حصول الهبة وأن الهبة المستترة فى عقد آخر صحيحة فى الشريعة وفى القانون المختلط ولذلك تصح الهبة الحاصلة من الوالد المصرى لاولاده القصر اذا اتخذت شكل عقد الشراء الحاصل بواسطة لمصلحتهم وباسمهم وكان الثمن مدفوعاً من مال الوالد(٨) بعكس الحال فى القـانون الايطالى فان الوالد الذى يريد أن يهب لاولاده القصـر حالا لا يستطيع أن يقبل الهبة عنهم بل لا بد من أن يطلب تعيين وصى خاص ad hoc يقبل الهبة وأن الام ليس لها أن تقبل بالنيابة عن الاولاد ، فما لم يقبل الوصى الخاص فان الهبة تكون باطلة بطلاناً تاماً (٩)

٢) بأن المادة ٥٠٣ من قانون الاحوال الشخصية للمسلمين تجيز لكل مالك اذا كان أهلا للتبرع أن يهب فى حال صحتـه ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلا له أو فرعا أو قريباً أو أجنبياً منه ولو مخالفاً لدينه بشروطه(١٠)

القانون اليونانى

٣) بان القانون الرومانى الذى هو متبع فى بلاد اليونان بصفتـه قانوناً للاحوال الشخصية يقرر صحة الهبه الحاصلة بين الزوج وزوجته أثناء الزواج اذا نظر اليها باعتبارها تمليكا ينفذ عند انتهاء عقدة الزواج بوفاة الواهب ، وعلى العموم اذا مات الواهب قبل الموهوب له بدون أن يكون قد رجع عن الهبـة وذلك لان

---

(٧) محكمة الموسكى الجزئية فى ١٣ مايو ١٩١٩ مج ٢١ ص ٨٠ نمرة ٥٠

(٨) س م ٢ ابريل ١٨٩١ ج ت م ٣ ص ٢٨٥

(٩) س م ٢٩ مارس ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٦ نمرة ٢٦

(١٠) س م ١٣ مارس ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ١٨٥

المشرع عـندهم قد اعتبر عدم الرجوع فى الهبة كتأييد ضمنى لها يجعلها فى حكم الوصية الصحيحة وينبنى على ذلك أن الزوج اليونانى يعتبر واهبـاً هبة صحيحة لزوجته اذا اشترى لها عقاراً من ماله وتوفى لأن قانون أحواله الشخصية يبيح له عمل هبة لا رجوع فيها ما دام انها لا تضر بالحقوق التى يجب أن تحفظ للورثة (١١) والواقع أنه ليس ما يمنع المرأة اليونانية من تملك أى مال أثناء الزواج ولو كان ذلك بسبب تبرع زوجها لها ما دام أنه لم يحصل غش أو تدليس بينهما اضراراً بالدائنين وليس لهؤلاء فى هذه الحالة عليها أدنى سبيل (١٢) وذلك لا يمنع دائماً من احترام قرينة موسيانا السابق شرحها فى بنـد ٣٢٤ والتى من مقتضاها أن جميع ما تقتنيه الزوجة أثنـاء الزواج يعتبر مشترى أو مدخراً من مال الزوج الا اذا اثبتت هى العكس واذا أرادت أن تحتفظ بملـكية ما أقتنته فيكفيها أن ترد للدائنين مقدار ما تبرع لها به الزوج (١٣)

المبحث السادس — العقارات

عموميات

٣٨٨ — يلاحظ أن التمييز بين المنقولات والعقارات قد فقد كثيراً من أهميتـه فى القانون الدولى الخاص ولا يزال مستمراً على ذلك وان تشبيه العقارات بالمنقولات من حيث الاحكام والقواعد فى القانون المصرى قد وصل الى أمد بعيد حيث جعلت العقارات أسوة بالمنقولات محكومة من حيث المواريث بقانون الاحوال

---

(١١) س م ٥ دسمبر ١٩٠١ مج ت م ١٤ ص ٣٦ وشرحه س م ٣ يونيه ١٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ٣٣٦

(١٢) س م ١٣ فبراير ١٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ١٢٧

(١٣) س م ٢٣ دسمبر ١٩٠٢ مج ت م ١٥ ص ٧٢ وقد قرر هذا الحكم أن الهبة بين الزوجين فى القانون اليونانى باطلة بطلاناً تاماً وممنوعة قانوناً وهذا صحيح اذا أريد به أنها جائزة النقض فى أى وقت من الزوج ومن دائنيه حتى ومن ورثته اذا مات ولم يكن قد رجع عنها فانهـا تعتبر وصية وتنقض فقط بصفة جزئية اذا تعدت المقدار الواجب حفظه لهم وهذا يفسر الحكم السابق المشار اليه فى الحاشية ١١ هنا

الشخصية التابع اليها المتوفى ولم تجعل خاضعة لقانون اقليمى واحد يحكمها باعتباره قانون موقعها ، وليس فى الموضوع من استثناء الا ما مر شرحه فى المواريث بناء على نص المادتين ٥٤ / ٧٧ و ٥٥ / ٧٨ مدنى . كذلك جعلت العقارات الداخلة فى نظام الزوجية خاضعة للقانون الشخصى مثل المنقولات ولا يستثنى من ذلك الا ما مر فى بند ٣٧٨ و ٣٨٠ و ٣٨١

ما يحكم فيه قانون الوقع

وينبنى على ذلك أنه فيما خلا المواريث وفيما خرج عن مشارطات الزواج أو نظمه المالية فان العقارات يجب أن تخضع فى مصر للقانون الاقليمى وهو قانون موقعها فيحكمها فى كل ما تعلق بنقل ملكيتها فيما بين الاحياء وفى انشاء أى حقوق عينية أخرى عليها

ما هو قانون الموقع

وقانون موقع العقارات المصرية هو القانون الاهلى أو القانون المختلط بحسب الاحوال ويكمل كل من هذين القانونين بمقتضى المراجع المشار اليها فيه بقواعد الشريعة الاسلامية واللوائح الخاصة فى المواضيع المحكومة بتلك القواعد كلياً أو جزئياً مثال ذلك فى مادة الوقف وكل النظامات المرتبطة به أو المتفرعة عنه مثل الحكر والاجارتين وخلو الانتفاع

وتنشأ عن هذه المسائل صعوبات جمة خصوصاً فيما يتعلق بحقوق الدائنين قبل التركات من حيث تصرفات الورثة ونحو ذلك مما نفصله فى الكتاب الرابع

الاجانب والعقارات فى مصر

ويلاحظ انه بمقتضى القانون العثمانى الصادر فى ٧ صفر ١٢٨٤ (فرمان ١٠ يونيه ١٨٦٧ السارى على العقارات الواقعة فى الامبراطورية العثمانية ، وكانت مصر منها وقت صدور القانون المذكور) قد جعل الاجانب الذين لا يملكون عقارات فى مصر فى مستوى واحد مع الرعايا العثمانيين من حيث العقارات التى يملكونها هنا فأصبحوا بذلك خاضعين لجميع اللوائح المتعلقة بالضبط والربط وجميع اللوائح الخاصة بالمدن والبلديات والتى تحكم فى الحال وفى المستقبل حق الانتفاع والتمتع بالعقارات

وانتقال الملكية فيها[١٤]

الدعاوى العينية بين الاجانب

وكذلك يلاحظ أنه بمقتضى المادة التاسعة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة جميع الدعاوى العينية المتعلقة بعقارات مصرية تدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة وحدها دون غيرها اذا حصلت بين أجانب من جنسية واحدة وبذلك تكون المحاكم القنصلية غير مختصة بنظرها واستنتاجاً من ذلك تخضع هذه الدعاوى لحكم القانون المدنى المختلط ولا يحكمها قانون جنسية المتقاضين

الحقوق العينية

ولذلك حكمت المحاكم المختلطة بأن الحقوق العينية الواقعة على العقارات مثل حق الرهن الحيازى محكومة بقانون البلد الموجودة به تلك العقارات[١٥] وان تنفيذ عقد الرهن التأمينى المعقود بين أشخاص من جنسية أجنبية واحدة والذى يباشر أمام المحاكم المختلطة محكوم بمقتضى القانون المختلط[١٦]

الدعاوى الشخصية العقارية

أما اذا كانت الدعوى شخصية كالدعاوى الناشئة عن اجارة العقارات فهى لا تدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة متى كان الخصوم أجانب من جنسية واحدة ولذلك فالقانون الذى يحكم العلائق التى تكون موضوع الدعاوى الشخصية المذكورة يصح أن يكون قانون جنسية الخصوم اذا كانت هذه ارادتهم فاذا لم تكن ارادتهم كذلك فيحكمها القانون الاقليمى باعتباره قانون محل العقد كما سيتضح من بند ٣٩٦

الوقفيات والتسجيل

وأخيراً يجب ملاحظة ما نصت عليه المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون نمرة ٣٣ لسنة ١٩٢٠ فانها قضت بان يمنع عنه الانكار سماع دعوى الوقف أو الاقرار به أو استبداله أو الادخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه الا اذا وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم

---

(١٤) س م ٣ ابريل ١٨٩٠ مج ت م ٢ ص ١٨١
(١٥) س م ٢٣ مارس ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١٦٣
(١٦) س م ٣٠ يونيه ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ١٢٥

شرعي بالقطر المصري أو مأذون من قبله كالمبين في المادة ٣٦٠ من هذه اللائحة(١٧) وكان مقيداً بدفتر احدى المحاكم الشرعية المصرية ؛ وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير الا اذا كان هو أو ملخصه مسجلا بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لاحكام المادة ٣٧٤ من هذه اللائحة (١٨)

القوانين الاجنبية

أما القوانين الأجنبيـة فان منها ما يتطلب أن تخضع العقارات من جميع الوجوه لقانون موقعها حتى فيما يتعلق بالاهلية للتصرف فيها وفيما يتعلق بشكل الوصية الحاصلة عليها وفى ترتيب الورثة وكل ما يتعلق بالميراث — وذلك شأن القوانين الانجليزية والامركية

إحالة على ما مر

وفيما يتعلق بالبيانات السابق ذكرها عن العقارات هنا يرجع الى البنود ٨ و ٦٨ و ١١٠ و ١٤٩ و ١٦٩ و ١٧٥ وبخصوص تنازع القوانين بشأنها يرجع الى بند ٢٢٥ و٢٢٧ و٢٣٥ ، وفى رأى سافينى بشأنها بند ٤٢٤ ، وفى مركزها فى النظرية الايطالية الحديثة بند ٢٤٩ ، وفى نظرية الاحوال الحديثة بند ٢٥٤ و ٢٥٦ وفى

---

(١٧) بهذا النص أصبح من الواجب حصول الاشهاد فى مصر فمن كان خارج القطر لا يتسنى له الايقاف الا بواسطة وكيل شرعى يقوم مقامه فى الديار المصرية . وهذا قيد لا ضرورة له لان المهم هو تسجيل الاشهاد فى المحكمة الكائن فيها العقار وقد قربنا بهذا القيد من القوانين الانجليزية الآتى الكلام عليها فى المتن ولكن المشرع يكتفى بأن يحصل الاشهاد أمام محكمة شرعيـة مصرية ولا يحتم أن تكون المحكمة الكائن فى دائرتهـا العقار ولكن من جهة أخرى يوجب على المحكمة التى يحصل فيها الاشهاد أن ترسل ملخصه الى المحكمة الكائن فى دائرتها العقار لتسجيله بها (٣٧٤ ل ت م س)

(١٨) يلاحظ أن قانون التسجيل الجديد لم يغير من هذا النص لانه لم يذكر الوقف ضمن ما ذكر من الاعمال القانونيـة الواجبة التسجيل حتى تعتبر منتجة بين المتعاقدين فيما بينهما لنقل الملكية وبما انه لا يوجد فى الوقف متعاقدان بل شخص واحد أشهد على نفسه فربما كان ذلك هو المانع للمشرع من أن يتطلب التسجيل لانعقاد الوقف فاكتفى بتطلبه ليكون حجة على الغير فقط لا على نفس الواقف

حالتها فى القانونين الايطالى والالمانى بند ٢٦٧ و ٢٦٨ وفى التكييف القانونى بند ٢٨٠ و ٢٨٢ و ٢٨٣ و ٢٨٤ وفى نظرية الاحالة بند ٢٩١ ›› وفى الاختصاص الدولى بند ٣٣٤ و ٣٣٦ و ٣٤٦ مكرراً وفى الاهلية بند ٣٦٠ و ٣٦١ وفى الزواج بند ٣٧٨ و ٣٨٠ و ٣٨١ وفى المواريث بند ٣٨٦ .

المبحث السابع — فى المنقولات

٣٨٩ — المنقولات الموجودة فى مصر محكومة فيها بحسب القانون الشخصى للمتوفى فيما يتعلق بالمواريث ، وهى محكومة بقانون الزوجين من حيث نظام الزواج أو مشارطته كما سبق بيانه فى بندى ٣٨٦ و ٣٧٨ على التوالى .

ما يحكم فيه قانون الموقع

ولكن الحقوق على المنقولات الموجودة فى مصر ، منظوراً اليها بالنسبة الى كل منقول منها على حدته ، محكومة بقانون موقعها وهو القانون المصرى فان هذا القانون هو الذى يبين من هو المالك لها وهل هى مرهونة أو غير مرهونة ومن هو واضع اليد عليها وهو وحده الذى يبين المسائل الخاصة بتملكها بمضى المدة [1]

الدعاوى بمنقول بين أجانب

ولكن يلاحظ ان المشرع المصرى لم يتطلب خضوع الدعاوى الخاصة بالمنقولات بين الاجانب متحدى الجنسية الى المحاكم المختلطة كما تطلب خضوع الدعاوى العينية العقارية لهذه المحاكم ولو كانت بين اجانب من جنسية واحدة (بند ٣٨٨) بل ترك الدعاوى المتعلقة بالمنقولات شخصية كانت أو عينية لحكم القنصليات فيها متى كان المتقاضون اجانب من جنسية واحدة . لذلك كان من الجائز حصول عقود فى مصر ، بالنسبة لمنقولات مصرية بين أجانب من جنسية واحدة ، وخضوع هذه العقود لقانون تلك الجنسية دون القانون المصرى اذا كانت هذه ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية (بند ٣٩٦) أما اذا لم تظهر هذه الارادة فان القانون الذى يسرى على تلك العقود هو القانون المصرى باعتباره قانون

---

[٣٨٩] (١) قارن ڤاليرى بندى ٦١٧ و ٦١٨

موقع المنقول الذى هو محل التعاقد . مثال ذلك انه يصح لألمانى باع حصانا لألمانى آخر فى مصر ان يدعى استمرار ملكيته للحصان الى ان يحصل تسليمه بالفعل اذا كان ذلك هو غرض المتعاقدين ولذلك يصح القول بان العقود الخاصة بالمنقولات قد تخضع فى مصر لحكم قانون أجنبى كما فى المثل المذكور [٢]

احالة على ما مر

هذا ويراجع فى تفاصيل المسائل المختلفة المتعلقة بالمنقولات ما سبق شرحه فى البنود ٢٢٥ " و ٢٤٤ و٢٤٦ و٢٥١ و٢٥٧ و ٢٦٧ و ٢٦٨ و٢٨٠ و٢٨٤ و٢٩١ و٣٣٤ و٣٣٦ و٣٤٦ مكرراً و ٣٨٦

التملك بمضى المدة

هذا وقد توجد بعض الصعوبات فى معرفة القانون الذى يحكم مسائل مضى المدة بالنسبة للمنقول الذى يتغير موضعه فينقل من مصر أو الى مصر قبل ان تتم المدة اللازمة قانونا لاسقاط حق المالك الاول أو لامتلاك المنقول من جانب واضع اليد الحالى خصوصا فى حالتى السرقة والضياع ولحل هذه المسائل يجب التمييز بين حالة مضى المدة كاملة قبل النقل وحالة عدم مضيها كاملة قبله ففى الحالة الاولى يكتسب الحق تحت سلطان قانون موقع المنقول فيجب احترام الحق المكتسب ولا محل للنظر الى أى اعتبار آخر مثل زيادة المدة اللازمة عندنا عنها فى البلد الاجنبى الذى جاء منه المنقول

أما اذا كانت المدة لم تنته قبل النقل فلا يكون ثمت حق مكتسب ويكون لقانون الموقع السابق القول الفصل فى بيان حقوق الخصوم على المنقول اللهم الا اذا كان قانون الموقع الحالى يقرر مدة أقل من المدة اللازمة فى قانون الموقع السابق أو يقرر اكتساب الملكية بوضع اليد نفسه مجردا عن أى زمن préscription instantanée ويكون أحد الامرين قد تم قبل رفع الدعوى فى محاكم الموقع الحالى للمنقول ففى هذه الحالة يتبع قانون الموقع الحالى [٣]

---

(٢) قارن ڤاليرى بند ٦١٣ حيث يؤكد أن ذلك لا يمكن أن يسلم به فى فرنسا لان القانون الفرنسى يجب أن يحكم فى فرنسا جميع العقود الحاصلة على منقولات موجودة فيها

(٣) قارن ڤاليرى بند ٦٢٢ وپيليه ونيبواييه بند ٣٧٠

احالة أخرى

هذا وسيرد الكلام على العقود الحاصلة بالنسبة للمنقولات فى مادة الالتزامات (بند ٣٩٠") وكذلك ما يتعلق بالمراكب يرد فى بند ٤١٧

وفيما يتعلق بملكية الامتعة الموجودة فى منازل المتزوجين فى مصر يرجع الى كتاب التنفيذ بند ٤٢٣"

المبحث الثامن — فى الالتزامات

٣٩٠ — ما هو القانون الذى يحكم الالتزام؟ يطرأ هذا السؤال كلما اختلفت جنسية طرفى الالتزام، أو كلما وقع الالتزام فى بلد غير بلدهما الاصلى، أو كلما كان من المنظور أن ينتج الالتزام آثاره فى بلد غير الذى نشأ فيه وهذه الفروض المختلفة توجب البحث لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على الالتزام أهو قانون الدائن أو قانون المدين أو قانون الجهة التى يجب أن ينفذ فيها أو قانون المحكمة التى رفعت أمامها القضية

لاجل الوصول الى الغاية المطلوبة يتحتم التمييز بين الالتزامات الناشئة عن تعهدات أو اتفاقات والناشئة عن غير ذلك من الأسباب

المطلب الاول — التعهدات أو العقود

Obligations contractuelles

وجوب التحليل

٣٩١ — لمعرفة القانون الذى يحكم العقد لا بد من تحليله والنظر الى كل الوجوه التى يمكن أن ينظر اليه منها (راجع بندى ٢٤٢ و٢٦٢)

الاهلية

١) وأول ما يجب البحث فيه فى العقد هو الطرفان وهل هما أهل لعمل العقد؟ هذه مسألة « أهلية الطرفين للتعاقد » وهى محكومة بالقانون الشخصى بالنسبة لكل منهما طبقاً للمادة ١٣٠ / ١٩٠ مدنى (بند ٣٥٩")

وجود الاتفاق

٢) الامر الثانى الذى يجب البحث فيه هو « وجود الاتفاق » هل كان كل

من الطرفين على اتفاق مع الآخر على الالتزام ؟ هذه مسألة وقائع يجب أن يحصل اثباتها طبقاً لمقتضيات قانون المحكمة ، لأن وسائل الاثبات — اثبات هذه الواقعة — من مسائل المرافعات (بند ٣٢٥)

المستند الكتابي

ولكن يلاحظ أنه كثيراً مايحتاج الى مستند كتابي لاثبات العقد ، وأن بعض العقود لا توجد قانوناً الا اذا صيغت فى الشكل الرسمى ، طبقاً لمقتضيات القانون الذى يحكم العقد (بند٣٢٦) فاذا ثبت وجوب الكتابة أو وجوب الشكل الرسمى فان صيغة الكتابة أو الصيغة الرسمية المطلوبة لا تتوقف على قانون المحكمة ولا على قانون العقد نفسه وجوباً ، بل تعتبر مسألة شكل فقط وتكون صحيحة اذا كانت كذلك طبقاً لقانون الجهة التى حصل فيها العقد على التفاصيل الآتية فى بند٣٩١ مكرراً . أما اذا طعن فى العقد المكتوب بكونه قد انتزع بالقوة أو بالغش أو نحو ذلك فان هذه تعتبر مسألة وقائع تترك لتقدير المحكمة وهى تستعمل طرق المرافعات المقررة فى قانونها للوصول الى معرفة الحقيقة (١)

العقود بالتراسل

هذا ومن الظروف التى تجعل اثبات وجود الاتفاقات أمراً محفوفاً بالصعوبات حصولها بطريق المراسلات Contrats par correspondance بين أشخاص موجودين وقت التعاقد فى بلاد مختلفة . فيجب البحث فى هذه الأحوال عن القانون الذى يبين لنا هل يعتبر الاتفاق حاصلا وأين كان حصوله ؟ أم يعتبر أنه لم يتم ؟ اختلفت الآراء فى هذه النقطة فمن راء أنه يجب العمل بقانون من قبل العرض ، ومن راء وجوب العمل بقانون صاحب العرض ؛ ورأى آخرون ونحن معهم أن كلا الرأيين تحكمى وان الرأى الصحيح هو الذى يترك لكل محكمة مختصة الحكم فى هذا الموضوع بحسب قانونها وذلك لانه اذا أريد معرفة ما اذا كان اظهار ارادة الشخص مقيداً له فى بلد ما فان قانون هذا البلد هو الذى يجب

---

[٣٩١] (١) راجع فى هذا الموضوع برمته ما ذكرناه فى الاثبات بند ٣٢٢ — ٣٢٨

تحكيمه فى هذه النقطة [٢] وكذلك الحال فى العقود التى يتفق عليها بالتلفون فان الحكم يكون بحسب قانون القاضى نظراً لعدم امكان الحكم لا بقانون الطالب ولا بقانون المطلوب (راجع رأى المجمع العلمى ، مادة ٤ تحت بند ٣٩٥ ج)

أما العقود الحاصلة بواسطة وكلاء أو وسطاء فيجب فيها التمييز بين علاقة الوكيل بالموكل ثم علاقة كل منهما بالطرف الآخر

فبالنسبة للوكالة تثبت الوكالة وتتحدد علائق الوكيل بالموكل أيضاً طبقاً للقانون الذى يحكم الوكالة وهو على العموم قانون البلد الذى حصل فيه التوكيل وهو عادة محل الموكل أو التاجر الذى امضى التوكيل وبالنسبة للعقد الذى أجراه الوكيل مع الطرف الآخر فان هذا العقد يكون محكوماً من حيث وجوده وكذلك من حيث حقوق الموكل وواجباته قبل الطرق الآخر ، بمقتضى قانون البلد الذى حصل فيه العقد بين الوكيل والطرف الآخر لان الوكيل ممثل لموكله فكأن هذا قد انتقل الى محل العقد ورضى بالخضوع اليه بواسطة وكيله [٣]

الشكل ٣) الامر الثالث الذى يجب بحثه فى العقود عامة هو مسألة الشكل أو صحة العقد من حيث الشكل وهو ما يرد بحثه فى بند ٣٩١ مكرراً وما بعده

الجوهر ٤) الامر الرابع هو صحة العقد من حيث جوهره أو موضوعه وهو ما يرد شرحه فى بند ٣٩٣ وما بعده

التفسير ٥) الامر الخامس هو تفسير العقود وقوة الالتزام الناشئ عنها وطبقاً لأى قانون يكون ذلك ، وهو ما نبينه فى بند ٣٩٤

شكل العقود **٣٩١ مكررا** — صحة العقود من حيث الشكل : هذا الموضوع ذو أهمية

---

(٢) ڤاليرى ص ٩٥١ ، ، وهو رأى ڤايس ٤ ص ٣٧٢ ودسپانييه بند ٢٩٩ وسورفى وأرتوى بند ٢٢٩ وآخرون أخذوه عن الاستاذ ڤاليرى فى كتابه الخاص بالعقود بالمراسلة Traité des contrats par correspondance بند ٤١٤

(٣) قارن ڤاليرى ص ٩٥٠ و ٩٥١ ودايسى ص ٦٥٦ ، ، — ويلاحظ أننا فى العقود الحاصلة بواسطة الوكلاء لم نكتف هنا ببيان القانون الذى يحكم ثبوت العقد بل أيضاً تكلمنا عن القانون الذى يحكم العقد نفسه وهو ما ابقيناه بالنسبة للعقود على العموم للابحاث التالية

كبرى وهو المعبر عنه فى منهج الدراسة بلفظ « شكل التصرفات الاختيارية » وهو الذى طالما أشرنا اليه فى مواضع متعددة من هذا الكتاب [٤] ولا يخفى أن التصرفات الاختيارية تنصرف الى العقود بوجه عام كما تنصرف الى الوصايا وقد تكلمنا عن شكل الوصايا فى بند ٣٨٦ج ، كما تكلمنا عن شكل بعض عقود خاصة مثل الزواج (بند ٣٧٤ ، ،) ومشارطات الزواج (بند ٣٨٠) والعقود الخاصة بالعقارات (بند ٣٨٨) والكلام هنا عام يتناول جميع الأحوال التى لم ترد فيها أحكام خاصة

والقاعدة العامة هى أن الشكل محكوم بقانون البلد الذى حصل فيه العقد locus regit actum ومعنى ذلك : القاعدة العامة

أولا : ان العقد يجب أن يعمل من حيث الشكل طبقاً لمقتضيات قانون البلد الذى عمل فيه

ثانياً : ان العقد الصحيح الشكل طبقاً لقانون الجهة التى عمل فيها يجب أن يعتبر صحيحاً من حيث الشكل فى أى جهة أخرى

ويؤيد هذه القاعدة أسباب عديدة نذكر منها ما يأتى : أسبابها

أولا : انه ليس من الميسور دائماً الوقوف بدقة ووضوح على الاجراءات أو الأوضاع التى يتطلبها قانون أجنبى معين لعمل عقد معين بشكل صحيح ؛ حتى رعايا أى دولة أجنبية معينة قد يتعذر عليهم معرفة الشكل الذى يتطلبه قانونهم وقد يكون من المستحيل عليهم الالتجاء الى علماء أو محامين يرشدونهم فى البلد الاجنبى الى حقيقة الشكل المقرر فى قانونهم الخاص

ثانياً : قد يكون من المستحيل تطبيق مقتضيات القانون الاجنبى فى غير بلده اذ قد يتطلب تحرير العقد على يد موثق notaire وقد لا يوجد موثقون فى البلد

(٤) راجع فيه البنود الآتية : ٢٥ و ٢٢٥ و ٢٣٠ و ٢٤٤ و ٢٤٦ وعلى الخصوص ٢٥٠ و ٢٥٩ و ٢٦٢ و ٢٦٧ و ٢٦٨ وحاشيتى ٢ و ٣ ص ٢٨٥ والجدول الثالث فى الاحالة ص ٣١٩ وراجع أيضاً بند ٣٢٢ ، ، فى الاثبات وخصوصاً بند ٣٢٦ وبند ٣٥٤ بخصوص شكل عقد التحكيم والبنود المشار اليها فى المتن

الذى يوجد فيه الطرفان

ثالثاً : ان العقد الذى وقع صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذى عمل فيه يعتبر صحيحاً فى هذا البلد وبذلك يكون للطرفين حق مكتسب فى صحته فيجب أن يعتبر صحيحاً فى كل بلد آخر

رابعاً : قد يكون المتعاقدون من جنسيات مختلفة فيكون من المستحيل الركون الى أى شكل ما خلا الشكل المقرر فى قانون البلد الذى نشأ فيه العقد

خامساً : قد يجهل المتعاقدون أين يمكن أن يحدث العقد آثاره وأين يكون التقاضى بشأنه فلا يتيسر لهم اجراء العقد طبقاً للشكل المقرر فى بلد التنفيذ أو فى قانون المحكمة التى يمكن أن يرفع اليها النزاع بخصوص العقد[٥]

هذا ولا بد من بيان أن القاعدة التى نتكلم عنها متبعة ومحترمة فى كل قوانين العالم تقريباً ومع ذلك يوجد خلاف بشأن طبيعتها هل هى الزامية impérative أم هى اختيارية facultative ولها استثناءات سيرد ذكرها فى البند التالى

طبيعة القاعدة

طبيعتها : يرى بعض القوانين أنها الزامية ومنها القانون الانجليزى فهو يقضى بوجوب خضوع العقد للشكل المقرر فى قانون البلد الذى حصل فيه بمعنى انه لا يصح أن يلتجأ الى شكل أى قانون آخر فاذا لم يتبع شكل بلد التحرير كان العقد باطلا شكلا . ومن علماء فرنسا من يقول بهذا الرأى ومنهم ڤاليرى[٦]

ويرى آخرون ونحن منهم أن هذه القاعدة اختيارية بمعنى أن المتعاقدين أن يلتجئوا الى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى يحررون فيه عقدهم ولكنهم ليسوا مكلفين حتما باستعمال ذلك الشكل وان انهم اذا كانوا جميعاً من جنسية واحدة أن يختاروا الشكل المقرر فى قانون جنسيتهم المشتركة فيكون العقد صحيحاً فى هذه الحالة ولو خالف شكل بلد التحرير لأن هذا الشكل اختيارى يلتجئ اليه المتعاقدون اذا أرادوا ولكنهم لا يلزمون به[٧] كذلك يكون للمتعاقدين دائماً ،

---

(٥) قارن ڤاليرى ص ٥١٢ ،،

(٦) ڤاليرى ص ٥٣٧

(٧) وهذا الرأى مطابق لما جاء فى النظرية الايطالية وسبق شرحه فى بند ٢٥٠

طبقاً لرأى بعض المؤلفين ، الحق فى الالتجاء الى الشكل المقرر فى قانون المحكمة التى ستنظر فى النزاع الذى ينشأ عنه متى كانت هذه المحكمة معلومة للطرفين او متفقاً على اختصاصها مقدماً[٨] وأخيراً يكون لهم دائماً اختيار الشكل المقرر فى القانون الذى يحكم العقد نفسه[٩] وقد طبق المشرع المصرى هذا الرأى بالنسبة لشكل الوصية فقال انه الشكل المقرر فى قانون الاحوال الشخصية التابع اليه المتوفى (بند ٣٨٦ ج) وقد قال بهذا الرأى القانون المدنى الالمانى (بند ٢٦٨) والاستاذ ڤاليرى (بند ٢٦٢)

الاستثناءات ٣٩٢ — الاستثناءات من القاعدة : ترد على هذه القاعدة استثناءات تجعلها غير مقبولة وغير منتجة وذلك فى الاحوال الآتية :

١ : العقارات ١) فى التصرفات الخاصة بالعقارات فان هذه التصرفات تكون باطلة فى أغلب بلاد العالم اذا هى لم تعمل بحسب الشكل المقرر فى قانون موقع العقار (بند ٣٨٨) وقد اتبع المشرع المصرى هذا الاستثناء فقرره صراحه بالنسبة للاوقاف وأوجب حصول الوقف فى مصر طبقاً لما ذكرناه فى بند ٣٨٨ ص ٥٤٦ وقد حكم بهذا المبدأ من قديم حيث قررت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها الصادر فى ٢٢ يناير ١٩٠٢[١] أن العقود الحاصلة بين الاحياء الناقلة للملكية العقارية أو المنشئة لحقوق عينية عقارية ليست محكومة بقانون الجهة التى عملت فيها ولكن بقانون الجهة التى توجد بها العقارات ، ويجب ان تكون الحال كذلك على الخصوص فى مادة الوقف التى لها أثر عظيم جدا بالنسبة لنظام الملكية العقارية فى البلد ، وبما ان القانون المصرى يتطلب فى انشاء الوقف عمل وقفية أمام القاضى الشرعى بناء

---

(٨) راجع فى ذلك ڤاليرى ص ٥١٦ أولا
(٩) وقد يكون هذا القانون هو نفس قانون المحكمة المختصة كما هى الحال عندنا فى الزواج فهو خاضع للقانون الشخصى وداخل فى اختصاص محكمة الاحوال الشخصية
[٣٩٢] (١) مج ت م ١٤ ص ٨٦

على طلب الواقف لتسجل هذه الوقفية فى سجلات المحكمة فان الاعلام الشرعى الصادر من قاض أجنبى (فى تركيا) أثناء دعوى بشأن طبيعة العقارات أو صفتها ، وبناء على شهادة شهود وفى غياب أصحاب الشأن الحقيقين ، والمقرر بأن العقارات قد وقفت شفهيا ، هو اعلام باطل ولا يعمل به(٢)

كذلك فى الرهن التأمينى تتطلب المحاكم المختلطة عقداً رسميا محرراً فى قلم كتاب احدى المحاكم المختلطة المصرية كما مر فى بند ٣٨٨ ص ٥٤٦ وفيه قد أبدينا رأينا فى هذه النقطة

٢ : العقود المنظور تنفيذها فى الخارج

٢) فى الاحوال التى كان ينتظر فيها ان يحدث العقد جميع آثاره فى بلد آخر غير الذى عمل فيه يرى بعض العلماء وجوب اتخاذه شكل البلد الذى تحدث فيه آثاره دون الشكل المقرر فى قانون بلد تحريره ولكن هذا الاستثناء ليس مقطوعا بصحته لانه قد يكون من المستحيل الالتجاء الى الشكل المطلوب (٣)

٣ الغش نحو القانون

٣) فى أحوال الغش أو الهرب من القانون Fraude à la loi أى فى الاحوال التى أراد المتعاقدان فيها ان يتهربا من قانون البلد الذى يحدث فيه العقد آثاره فالتجأا الى بلد أجنبى وأجريا عقدهما طبقا لشكله فيجوز لمحاكم البلد الآخر ان تعتبر العقد باطلا من حيث الشكل وهذا تطبيق هام لنظرية استعمال الغش نحو القانون الواجب العمل به وهى التى سبقت الاشارة اليها فى البنود ١٣٥ و ٣٦٤ و٣٦٧ و ٣٧٦ مثال ذلك يتوجه فرنسى وفرنسية الى انجلترا ليعقدا فيها الزواج بدون حصولها على رضاء آبائهما وعمل الاعلانات اللازمة كما مر فى بند ٣٧٦ فتحكم المحاكم الفرنسية ببطلان هذا الزواج رغم صحته فى الشكل فى البلد الذى عقد فيه

---

(٢) هذا الحكم صادر بالطبيعة قبل القانون الجديد ومتفق معه فى الحكم وقاعدتهما مقيدة لاحكام الشريعة فى الموضوع لان هذه لا تتطلب حجة ولا مستندا كتابياً ولا تسجيلا ولكن القوانين الوضعية قد أوجبت ذلك على النحو الوارد فى بند ٢٨٨ ص ٥٤٦

(٣) قارن دايسى ص ٥٨٦ وفاليرى ص ٥٢٠

وقد كان هناك اجماع من المؤلفين الفرنسيين وغيرهم على احترام قاعدة ان الغش يفسد كل الامور fraus omnia corrumpit ولذلك كانوا يقررون بطلان العقد الذى لم تراع فيه مقتضيات القانون الواجب تطبيقه فى نظرهم (٤) وقد استمرت المحاكم الفرنسية على هذه النزعة الى وقتنا هذا

تفنيد النظرية — ومع ذلك فقد عارض هذه النظرية كثير من المؤلفين نذكر من بينهم فختر وساڤينى وبار وڤايس وحجتهم فى ذلك مزدوجة حيث يقولون :

أولا : انه اذا كان من المسلم به أن الشخص الذى يوجد فى بلد معين يكون له حق اتباع الشكل المحلى بالنسبة لما يعقده من الاعمال فى هذا البلد فانه يعتبر سالكا مسلكا حقاً ولا محل للوم عليه اذا هو استعمل حقه هذا حتى لو خرج من بلده الأصلى بنية عمل العقد فى الخارج لان من استعمل حقاً له ما أساء
Neminem lædit qui suo jure utitur

ثانياً : انه من الواجب ، من أجل توجيه النقد الى عمل العقد فى الخارج هرباً من القانون الواجب التطبيق ، أن يلتجىء الباحث الى البحث فى نية المتعاقدين حتى يتحقق من أنهم ما التجأوا الى البلد الأجنبى الا للهرب من حكم القانون المذكور وهذا أمر من الصعوبة بمكان لا يسهل اكتشافه واثباته وينتج عنه الوقوع فى التحكم والفوضى (٥)

تأييد النظرية — ومع ذلك فان أغلبية علماء فرنسا ومحاكمها ترى تتبع آراء السلف ونبذ الرأى المعارض لنظرية الهرب من القانون ووجوب الغاء كل ما حصل هرباً منه أو غشاً نحو أحكامه . يقول ڤاليرى « كيف يجوز لمحاكمنا أن تخرج على أوامر المشرع التى من وظيفتها أن تحافظ على تنفيذها ، فتساعد على اقرار الحيل التى ترمى الى الهرب من نصوص ذلك القانون الذى يجب عليها أن تجعلها محترمة ونافذة . وهل

---

(٤) ليفيه الجزء الثانى ص ٣٩٤ و ٣٩٥
(٥) ڤاليرى ص ٥٥٦

تشارك من يريدون انتهاك حرمتها ؟ أما من حيث الاساس الذى بنيت عليه معارضة النظرية فانه فى الواقع ليس الا سفسطة : انهم يقولون ان قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد التحرير تجيز الالتجاء الى الشكل المحلى بدون أدنى تمييز ولكنهم ينسون أن هذه القاعدة أساسها الضرورة التى توجب على الشخص الالتجاء الى القانون المحلى و بناء على ذلك تكون القاعدة غير واجبة الاتباع بالنسبة لمن خرج من بلاده بنية الهرب من قانونها . أما البحث فى نيات المتعاقدين فان هذا يحصل كل يوم فى المسائل الجنائية وفى عدد كبير من القضايا المدنية . يشهد بذلك الامثلة التى تقدمت فى الشركات وفى الزواج . . . . ولقد قال السير ولترفيليمور فى مؤتمر جمعية القانون الدولى (بند ٢٧) الذى عقد فى جلاسجو فى سنة ١٩٠١ « ان اتباع الرأى المعارض يترتب عليه أن الاشخاص الذين تمكنهم ماليتهم من الخروج من بلادهم يكونون دائماً فى حل من مخالفة قوانينهم فلا يكون القوانين سلطان الا على الفقراء الذين لا يستطيعون السفر » (٦)

صحة العقد فى نظر البلاد الاخرى

غير أنه من المؤكد أن محاكم البلاد الاخرى ليست ملزمة مطلقاً بالركون الى الابحاث النفسية المذكورة ولها دائماً حق اعتبار العقد صحيحاً ما دام كذلك بمقتضى قانون بلد تحريره

جوهر العقود

٣٩٣ — صحة العقود من حيث الجوهر أو الموضوع : هذا هو الأمر الرابع الواجب النظر فيه بعد أهلية المتعاقدين ووجود الاتفاق وشكل العقد (بند ٣٩١ "") اذ يجوز أن يحصل العقد بين طرفين ذوى أهلية و يكون صحيحاً من حيث الشكل ومع ذلك يكون باطلا بطلاناً تاماً أو جزئياً بسبب يتعلق بطبيعته : قد يكون العقد باطلا لا ينفذ قانوناً كما اذا لم تتوافر فيه الشروط التى تتطلبها المادتان ٩٤ / ١٤٨ و ٩٥ / ١٤٩ من القانون المدنى المصرى : الاولى تشترط لصحة التعهدات

---

(٦) ڤاليرى بند ٤١٢ ص ٥٥٤ "" خصوصا ٥٥٧ و ٥٥٨

والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا cause certaine et licite والثانية تشترط ان يكون الغرض من التعهد أى أن يكون موضوعه objet فعلا مشروعا وممكنا أو جائزا icite et possible فاذا لم تتوافر فيه الشروط المذكورة كان غير صحيح من حيث جوهره أو موضوعه Essential or material validity

هذا وتختلف قوانين الدول المختلفة فى العقود التى تجعلها باطلة أو معرضة للبطلان مثال ذلك عقد يراد به تسهيل الاتجار فى الرقيق أو تهريب الحشيش فهو باطل فى القطر المصرى وقد يكون صحيحا فى بلاد أخرى وقد يكون العقد جائزا وممكنا ولكنه معرض للبطلان لسبب مما ذكر مثال ذلك العقد الذى يتفق به المحامى مع الموكل على ان يأخذ حصة من المحكوم به Pacte de quota litiis فانه غير مشروع فى مصر (١)

ماهو القانون الذى يحكم الجوهر ؟

لذلك يجب التساؤل دائما عن القانون الذى يحكم التعاقد من حيث صحته ومشروعيته ، وآثاره التى تدون فيه ، كلما كان فى العقد عنصر أجنبى أو كلما كان هناك محل للتردد فى اختيار القانون الواجب اتباعه — لابد من بيان ان الاجابة على هذا السؤال محفوفة بالشك وهى محل للاختلاف الكبير فى الرأى حيث يدور البحث حول قانون الجهة التى حصل فيها العقد lex loci contractus celebrati وقانون الجهة التى يحصل فيها التنفيذ أو الوفاء lex loci solutionis وقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين والقانون الذى اختاره الطرفان صراحة أو ضمنا

رأى سافينى

وقد علمنا ان سافينى يجعل جوهر الالتزام أو الشروط اللازمة لصحته من حيث مشروعيته وآثاره محكومة بقانون الجهة التى سينفذ فيها اللهم الا اذا ظهرت ارادة المتعاقدين صراحة وتوجهت الى غير ذلك القانون أو اذا تبين من الظروف انهم لم يقصدوا الخضوع اليه (بند ٢٤٤)

---

[٣٩٣] (١) كتاب المرافعات بند ٢٥٠ وحاشية ٣ ص ٢٢٧ و٢٢٨ منه

لغة الاحكام الانجليزية وحقيقتها

وتتجه لغة الاحكام الانجليزية الى القول بقانون محل التعاقد [٢] ومع ذلك فان الاسباب التى بنى عليها وجوب العمل بقانون محل التنفيذ قد جعلت المحاكم الانجليزية تمتنع فى الواقع عن اعطاء قانون محل التعاقد الاهمية العملية التى يفهم من لغة الاحكام أنها تنسبها الى ذلك القانون ، وذلك لانه من المفهوم دائما ان محل الوفاء هو الذى يحصل فيه البحث فى العقد ووجوب تنفيذه ؛ على ان لغة الاحكام فيها أيضا اشارات كثيرة لوجوب الحكم بقانون محل التنفيذ دون محل العقد . لذلك كله كان التمييز بين القانونين فى انجلترا من المسائل التى يلتفت فيها الى الظروف المادية ويكون الحكم طبقا لقانون البلد الذى له اكبر مصلحة حقيقية فى العقد دون قانون العقد لذاته [٣]

آراء دايسى

ويضع دايسي سلسلة قواعد واستثناءات وقرائن فى هذا الموضوع من شأنها القول بجعل العقد محكوماً من حيث صحته بالقانون الذى قصده المتعاقدون أو الذى يعتبر أن المتعاقدين قد قصدوه وهو فى نظره قانون الجهة التى حصل فيها العقد مع استثناء أحوال عديدة جداً يخضع فيها العقد لقانون بلد تنفيذه [٤] ويسمى

قانون العقد

دايسى هذا القانون الذى يحكم العقد « القانون الخاص بالعقد أو قانون العقد »
The proper law of the contract

وهو يستثنى من حكم هذه القاعدة المسائل الثلاث الآتية : —

الاستثناءات

أولا : يعتبر العقد باطلا ، سواء كان صحيحاً بحسب القانون الخاص بالعقد أو باطلا ، اذا كان العقد نفسه أو تنفيذه مخالفاً لمصلحة الدولة الموجودة بها المحكمة أو مخالفاً لروح قانونها أو للقواعد الادبية السائدة فى قانونها

---

(٢) لان هذه القاعدة هى التى كانت شائعة فى أوروبا وقت أن ابتدأت انجلترا تأخذ قواعد القانون الدولى الخاص عن أوروبا وكان سبب شيوعها الخطأ فى فهم القانون الرومانى (وستليك وبنتويتش ص ٢٨٦ وهنا بند ٣٤٠ ص ٣٨٠ فيما يتعلق بالاختصاص الدولى الذى هو أساس تطبيق القانون)

(٣) المرجع المتقدم ص ٢٨٦

(٤) دايسى ص ٥٧٢ و ص ٥٨٨

ثانياً : يعتبر العقد باطلا ، سواء كان صحيحاً بحسب القانون الخاص بالعقد أو باطلا ، اذا كان باطلا طبقاً لقانون الجهة التى عمل فيها ومع ذلك فهذا الاستثناء مشكوك فيه فى نظر دايسى نفسه .

ثالثاً : يعتبر العقد باطلا ، بصرف النظر عن صحته أو بطلانه بحسب قانونه (١) كلما كان تنفيذه غير مشروع بحسب قانون الجهة التى سينفذ فيها أو (٢) اذا كان العقد جزءا من اتفاق غير مشروع بحسب قانون الجهة التى سيتم فيها الاتفاق المذكور ومع ذلك فلا يسرى هذا الاستثناء على أى عقد حصل مخالفاً لقانون مالى أجنبي أو بقصد مخالفته مثال ذلك يتعاقد رجلان فى انجلترا على تهريب بضائع فى فرنسا أى بدون دفع الرسوم الجركية أو رغم المنع الوارد بشأنها فهذا العقد صحيح ويصح سماع الدعوى فى انجلترا بخصوص عدم الوفاء به [٥] ومع ذلك فهذه النقطة محل خلاف لان بعض المحاكم والعلماء يرون هذه العقود المؤسسة على التهريب عقوداً مخالفة للآداب ومضرة ويجب اعتبارها باطلة على كل حال [٦] وهذه الاستثناءات ناشئة فى نظر دايسى عن المبدأين الظاهرين الآتيين وهما : أولا أن المحاكم الانجليزية لا تنفذ عقداً يخالف القانون الانجليزى أو الآداب السائدة فى القانون الانجليزى ، وثانياً أن العقد يعتبر باطلا فى انجلترا اذا كان يترتب عليه عمل ممنوع فى بلد من البلاد المتمدينة وهذا ينصرف الى عمل العقد نفسه أو تنفيذه [٧]

تهريب البضائع الممنوعة

ويضع دايسى ثلاث قواعد فرعية للوصول الى تعيين القانون الخاص بالعقد ، طبقاً لارادة المتعاقدين وهى : —

قواعد دايسى لمعرفة ارادة المتعاقدين

---

(٥) دايسى ص ٥٩٣ ،، وخصوصاً ٥٩٧ وص ٦٠٠ نمرة ٧ وراجع بخصوص تنفيذ القوانين المالية الاجنبية بند ٣٣٦ ص ٣٦٥ هنا

(٦) دسبانيه بند ٣٠٧ ص ٩٠٨

(٧) دايسى ص ٨٦٢ حيث يرى أن نظريته هذه تتفق مع آراء أعظم المؤلفين مثل وستليك وستورى وغيرهم

أولا : اذا ظهرت ارادة المتعاقدين من الفاظهم فيجب أن يعمل بها بدون التفات الى أى قرينة

ثانياً : اذا لم تظهر ارادة المتعاقدين صراحة من الالفاظ المستعملة فيجب لمعرفة ارادتهم الرجوع الى الالفاظ والتعبيرات المستعملة فى العقد والى طبيعته والى الظروف العامة فى كل قضية

القريتان الاساسيتان

ثالثاً : فى حالة عدم وجود ما تتبين منه ارادة المتعاقدين بخصوص القانون الذى قصدوه يلتجأ الى القرينتين الآتيتين : الاولى ان قانون العقد هو قانون الجهة التى عمل فيها . وتزداد قوة هذه القرينة اذا كان التنفيذ منظوراً فى نفس هذه الجهة أو يمكن حصوله فى أية جهة . ويصح أن تنطبق هذه القرينة على حالة عقد سينفذ جزئياً أو كلياً فى جهة أخرى — الثانية اذا حصل العقد فى بلد وكان منظوراً تنفيذه جزئياً أو كلياً فى بلد آخر فان قانون العقد ، على الخصوص من حيث طريقة تنفيذه ، هو قانون بلد التنفيذ[٨]

التفسير

٣٩٤ — تفسير العقد وحقوق الطرفين وواجباتهما : يتوقف تفسير العقد ومعرفة حقوق وواجبات كل من الطرفين فيه على القانون الذى اختاره الطرفان أو يظن أنهما اختاراه وهو القانون الذى يحكم العقد من حيث جوهره وشروط صحته[١] وسوف يتوضح هذا القانون من الابحاث الآتية فى بند ٣٩٥ ب ،،

انقضاء التعهد

٣٩٥ — انقضاء التعهدات Extinction : تتوقف صحة انقضاء التعهدات على القانون الذى يحكم التعهد نفسه كما سبق ذكره فى بند ٣٩٤ ولذلك فان انقضاء التعهد طبقاً للقانون المذكور يعتبر صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين بعكس الانقضاء المدعى به على عكس مقتضيات قانون العقد فانه لا يكون صحيحاً[١]

---

(٨) دايسى ص ٦٠٦ ،، وراجع مقالته فى الموضوع والآراء المختلفة فيه فى التكملة ص ٨٥٧ — ٨٦٥ فيه

[٤٩٤] (١) دايسى ص ٦٠٢ ،،

[٤٩٥] (١) دايسى ص ٦١٥ ،، قاعدة ١٦٢

الآراء الفرنسية ١ : دسپانييه

٣٩٥ ب — الآراء الفرنسية فى صحة العقود من حيث الجوهر : يرى دسپانييه [١] أن نظرية الالتزامات ، منظوراً اليها من وجهة القانون الدولى الخاص لاتدخل ضمن الاحوال الشخصية ولا ضمن الاحوال العينية ولا دخل لها فى حالة الاشخاص كما لادخل لها فى حالة الاموال من الوجهة القانونية ولا محل فيها لتطبيق قانون واحد معين ومعلوم من قبل مثل القانون الشخصى مثلا أو قانون الموقع وذلك لان الاتفاقات هى من عمل الطرفين وهى قانونهما الخاص فيما حصل الاتفاق عليه ولذلك فان المبدأ العام الذى يصح تقريره فى هذا الموضوع هو مايأتى : اذا لم يوجد تفاهم صريح من جانبهما فان جوهر العقد ومؤداه la substance et la porteé يعتبران محكومين بالقانون الذى أرادا الرجوع اليه صراحة أو ضمناً وقد أحسن المؤلفون الالمانيون حيث يقررون أن للمتعاقدين فى مادة الاتفاقات أن يحكموا فيما يريدون les partie jouissent de l'autonomie حيث هم يشرعون لانفسهم ولقد كان دومولان (بند ٢٢٨) أول من قال بهذه النظرية [٢]

هذا وتكثر المجادلات بين المؤلفين بخصوص الحدود التى تتقيد بها حرية الطرفين اذا ما وجدت نصوص يخشى تعلقها بالنظام العام وتأثيرها على تلك الحرية

القرائن

وبما أن المتعاقدين قلما يلتفتون الى بيان القانون الذى يحكم تعهداتهم فلا ينصون عليه حتى يمكن الرجوع اليه فى كل مايتعلق بالالتزام (ماعدا الاهلية والثبوت والشكل) فلا مناص من الالتجاء الى القرائن Présomptions ليتسنى بمقتضاها الوقوف على الحقيقة (قارن ما ذكرناه عنها فى ص ٥٦٢ هنا)

اتحاد الجنسية

وان أول قرينة طبيعية فى الموضوع هى أن المتعاقدين قد قصدوا الرجوع الى قانونهم الشخصى أى قانون جنسيتهم اذا كانوا جميعاً من جنسية واحدة فان هذا

[٣٩٥ب] (١) دسپانييه بند ٢٩٣ ،، ص ٨٧٩ ،،

(٢) راجع بخصوصها أيضاً بند ٢٤٤ , ٢٤٦ , ٢٥١ , ٢٥٨ , ٢٦٢ هنا

القانون مشترك بينهم وهو الذى يعرفونه فى العادة اكثر من معرفتهم لغيره (٣)

أما اذا اختلفوا من حيث الجنسية فان الحل يختلف بحسب الآراء المختلفة حيث يرى البعض أن القانون الذى يحكم العقد هو قانون البلد الذى حصل فيه ويرى البعض الآخر أنه قانون البلد الذى يجب فيه التنفيذ ولكن يعتبر أصحاب كل من الرأيين أن رأيه لايزيد فى قوته عن قوة القرينة البسيطة التى يمكن دحضها باثبات مايخالفها

نقد قانون التنفيذ — وقد انتقد دسپانييه الرأى القائل بقانون محل التنفيذ لانه يرى أنه لايتفق مع ارادة المتعاقدين ، حيث يقول بأنه ليس من المعقول مطلقاً أن يفكر المتعاقدون فى قانون محل التنفيذ ويتركوا قانون الجهة التى حصل فيها العقد نفسه . ان هذا القانون الاخير معلوم لديهم ويجوز أنهم يجهلون قانون التنفيذ وذلك لان المدين يقوم بالوفاء عادة فى محله الا اذا كان هناك اتفاق على غير ذلك . ويصح أن يتغير محل المدين مرة أو مرات من يوم العقد الى يوم الوفاء، واذا كان العقد مما يلتزم فيه كل من الطرفين بأمر معين يجوز أن يقوم كل منهما بالتنفيذ فى جهات متعددة ويكون من الغريب أن يحكم العقد بقوانين جهات متعددة (٤) ولكن هذا النقد ليس صائباً بصفة مطلقة لان الالتجاء الى قانون محل التنفيذ لايحصل الا اذا كان هناك محل معين ليحصل فيه التنفيذ أو ليحصل فيه الوفاء بالتفضيل على غيره من الجهات

٢ : ڤاليرى — أما الاستاذ ڤاليرى فانه يميز بين موضوع العقد objet وسببه cause ويميز أيضاً

---

(٣) حكم النقض الفرنسى فى ١٩ مايو ١٨٨٤ دللوز ٨٤، ١ ، ٢٨٦ وحكم المحكمة العليا فى لندن فى ٦ و ٨ دسمبر ١٩٠٥ (كلونيه ١٩٠٧ ص ٤٥٥) حيث قضت بأن العقد الحاصل فى فرنسا بين شركتين انجليزيتين محكوم بالقانون الانجليزى — دسپانييه بند ٢٩٤ ومع ذلك يقول المؤلف فى ص ٨٨٤ ان انجلترا وأمريكا لاتلتفتان الى قانون الجنسية المشتركة لتحكما بمقتضاه فى مادة العقود

(٤) دسپانييه ٢٩٥ ص ٨٨٣ ››

بالنسبة لموضوع العقد بين حالتى الاستحالة وعدم المشروعية ، فلاجل معرفة ما اذا كان الشيء المتعهد به جائزاً أو ممكناً يحيلنا على قانون محل التنفيذ والمثل الذى يضرب به لذلك هو بيع يقع فى انجلترا على صيدلية فرنسية و يكون المشترى انجليزياً غير حامل لشهادة فرنسية ولا يهم فى نظره أن يكون البيع صحيحاً فى انجلترا حيث صناعة الصيدلية حرة لاقيد عليها بل يكون العقد غير صحيح لانه لايمكن تنفيذه فى فرنسا . ومن أجل أن يعتبر المتعهد به مشروعاً فى القانون لا بد من الرجوع للقانون الفرنسى فى كل قضية تأتى أمام أية محكمة فرنسية — غير أننا لا نرى وجهاً للتمييز فى المثل المذكور بين الاستحالة وعدم المشروعية لان الاستحالة قانونية محضة اذ المنع وارد بنص فى القانون الفرنسى

وأما السبب cause فيجب أن يكون قانونياً وحكمه حكم « الموضوع » عند ما نريد معرفة مشروعيته أو عدم مشروعيته .

هذا ولمعرفة حكم الالتزامات فى النظرية الايطالية يرجع الى بندى ٢٤٨ و ٢٥١

رأى المجمع العلمى الدولى

٣٩٥ ج — الحلول التى أقرها المجمع العلمى للقانون الدولى (بند ٢٧) : فحص المجمع فى اجتماعه الذى حصل سنة ١٩٠٨ فى مدينة فلورنس بايطاليا المشروعات المتعددة المقدمة اليه من علماء القانون الدولى ووافق أخيراً على قرارات خاصة بشأن التعهدات وقد ارتكن الى الفكرة الآتية :

القرائن

« يجب أن يرمى القانون الى اظهار اليقين ولا يتسنى الوصول الى اليقين الا بواسطة القرائن : فاذا لم يظهر الطرفان ارادتهما فيجب أن يكون لديهما قرينة تبين لهما القانون الذى يحكمهما فى تعاقدهما وتغنيهما عن رفع دعوى لحسم الخلاف الذى يحصل بينهما »

وقد تبين من المناقشات أن المعنى الحقيقى للقرار المذكور هو ما يأتى :

يجب على القاضى ، فى الاحوال التى لا تكون فيها حرية الخصوم مقيدة بنصوص قانونية آمرة أو ناهية ، أن يبحث قبل كل شئ فيما توجهت اليه إرادة

المتعاقدين صراحة أو ضمناً . فاذا استحال عليه اكتشاف تلك الارادة أى اذا استحال عليه تقرير أن ارادة المتعاقدين قضت بالفعل بجعل العقد خاضعاً لقانون مخصوص فيجب عليه أن يبحث فيما هو القانون الذى كان يختاره المتعاقدون لو فكروا فى تسوية الخلاف بينهم وقت عمل العقد ؛ ولأجل الوصول الى حل هذه النقطة يكون من المستحسن ، من باب جلب الطمأنينة وتقليل القضايا والمنازعات ، أن تتقرر قواعد معلومة أو قرائن معينة يصح اثبات ما يخالفها ، وتتلاشى تلك القرائن كلما قام الدليل على وجود ارادة سابقة للمتعاقدين سواء كانت صريحة أو ضمنية .

فاذا ما تقرر ذلك وجب البحث عن هذه القرائن وتقريرها وهو ما يتبين من المادة الثانية وما بعدها .

قرار المجمع العلمى فى التعهدات

القاعدة المادة الأولى — يحكم آثار الالتزامات التعهدية القانون الذى أظهر المتعاقدون ارادتهم فى الخضوع اليه كلما كانت صحة الالتزام وآثاره غير متعارضات مع القوانين التى تحكم اتفاق الطرفين بشكل الزامى ، وعلى الخصوص فيما يتعلق بأهلية الطرفين وشكل العقد وبشروط صحته من حيث الجوهر ومن حيث النظام العام .

البحث المادة الثانية — اذا لم يظهر الطرفان ارادتهما بالفعل فى قبول قانون معين باعتباره مكملا omme loi supplétiv للنقص الذى يوجد فى الاتفاق الحاصل بينهما ، فى الاحوال التى لا تكون حريتهما مقيدة قانوناً فان تعيين القانون الذى يجب الرجوع اليه لتكميل العقد يمكن الوصول اليه بعد بحث طبيعة العقد والظروف الخاصة بالطرفين وموقع الشىء الذى هو موضوع الالتزام

وينبنى على ذلك تطبيق القوانين الآتية :—

القواعد

١) فى العقود الحاصلة فى البورصة bourse أو فى الموالد والاسواق العامة يتبع قانون الجهة التى حصل فيها العقد

٢) فى العقود التى موضوعها عقارات يتبع قانون موقع العقار

٣) فى العقود المتضمنة البر والاحسان يتبع قانون محل توطن المحسن أو المتبرع (الهبة والاقراض بدون ارباح والوكالة بلا أجر والوديعة بلا مقابل والكفالة)

٤) فى البيوع التجارية الحاصلة من تاجر الى غير تاجر أو الى تاجر يتبع قانون مقر المحل التجارى للبائع بشرط الا يكون العمل تجارياً بالنسبة للمشترى وباستثناء الحالة المنصوص عليها فى نمرة ١ هنا

٥) فى عقود استئجار الاشخاص وأهل الصنائع والمقاولات لأعمال عامة وللمبانى أو التوريدات للحكومات أو المديريات أو المراكز أو المدن أو المصالح العامة ، يتبع القانون المعمول به فى الحكومة أو المديرية أو نحوها

٦) فى عقود التأمين المتبادل assurances mutuelles أو التأمين بعلوم à primes والعقود الأخرى (مثل الايرادات المؤقتة) المعقودة مع شركة تأمين ضد الحريق أو على الحياة أو ضد السرقات والحوادث ونحوها يتبع القانون المعمول به فى مركز الشركة

٧) فى العقود الحاصلة مع شخص ذى حرفة منظمة profession réglementée (طبيب ، محام ، وكيل دعاوى ، موثق ، محضر مثلا) يتبع قانون الجهة التى يتعاطى فيها حرفته بشرط أن يكون العقد متناولا تأدية ذلك الشخص شيئاً من أعمال حرفته

٨) فى عقود اجارة الاشخاص الحاصل من عمال أو مستخدمين مع شركة تجارية أو صناعية أو مدنية أو مع تاجر ، يتبع قانون مقر المحل التجارى أو الصناعى أو المدنى

٩) فى مواد الكمبيالات والسندات تحت الاذن يتبع قانون محل حصول كل تعهد من التعهدات واذا لم يذكر هذا المحل فى الكمبيالة أو السند فيتبع محل

توطن المتعهد (راجع فى الكمبيالات بند ٤٠٢ ،، هنا)

١٠) فى عقود نقل الأشخاص أو الأشياء بواسطة السكك الحديدية أو العربات أو السفن من جانب شركة من الشركات أو أحد الافراد المحترفين بالنقل أو من جانب الوكلاء بالعمولة للنقل أو التصدير يتبع قانون محل الشركة أو المتعهد بالنقل

القرينة الاساسية

المادة الثالثة — اذا لم يتبين ما القانون الواجب التطبيق عند سكوت الخصوم ولم يمكن الاهتداء اليه لا من طبيعة العقد ولا من حالة الطرفين النسبية ولا من موقع الاشياء الحاصل بشأنها الاتفاق فيحكم القاضي بمقتضى قانون محل توطنهما المشترك فاذا لم يكونا فى محل واحد اتبع قانون جنسيتهما المشتركة فاذا لم يشتركا لا من حيث المحل ولا من حيث الجنسية فيتبع قانون الجهة التى حصل فيها العقد

المادة الرابعة — اذا عمل العقد بطريق المراسلة لا يلتفت الى المحل الذى حصل فيه العقد بل يتبع قانون محل توطن من صدر منه العرض أو قانون محله التجارى وكذلك الحال فى العقود الحاصلة بالتلفون فيتبع قانون محل توطن من صدر منه العرض أو قانون محله التجارى الا اذا تعذر تطبيق هذا المبدأ وفى هذه الحالة يعمل بقانون محل توطنهما المشترك أو قانون جنسيتهما المشتركة أو من باب الاحتياط قانون محل توطن المدين (راجع ما مر فى بند ٣٩١ هنا)

المادة الخامسة — فيما يختص بكيفية التنفيذ modalités de l'éxécution أو بطريق الحساب والوزن والكيل واثبات التأخير على المدين ، وأيام الاعياد ، وصحة الدفع والايداع يجب اتباع قانون محل التنفيذ وعاداته .

المادة السادسة — اذا توقفت آثار العقد على معرفة المعنى المقصود من بعض الالفاظ المستعملة لبيان الثمن أو الوزن أو القياس أو مواعيد ومدد الدفع يجب أن يرجع على العموم للاصطلاحات المستعملة فى محل التنفيذ الا اذا تبين من الظروف وعلى الخصوص من «موضوع العقد أى محله » أن الطرفين قد قصدا فعلا استعمال الالفاظ المذكورة فى معنى آخر .

المادة السابعة — يترتب على ظهور ارادة الطرفين الحقيقية ولو بشكل ضمنى وجوب عدم الاعتداد بالقرائن السابق ذكرها وضرورة احترام الارادة المذكورة بالرغم من كل ما تقدم من القرائن [1]

القانون المصرى

٣٩٦ — القانون المصرى فى جوهر الالتزامات : القانون الذى يحكم العقود المتفق عليها فى القطر المصرى فيما بين المصريين هو القانون الاهلى بلا شك وذلك بصرف النظر عن المحكمة التى ترفع اليها الدعوى اذ يصح أن ترفع أمام المحاكم المختلطة ، بسبب حدوث عنصر أجنبى أو أمام محاكم دولة أجنبية بسبب خارجى وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن العقد الحاصل بين وطنيين يجب أن تحكمه نصوص القانون الاهلى التى تتبع دائما فى علائق الوطنيين فيما بينهم [1]

أما العقود الحاصلة فى مصر بين مصريين وأجانب أو أجانب من جنسيات مختلفة فانها خاضعة لسلطان القانون المصرى المختلط .

اتحاد الجنسية

وأما العقود الحاصلة فى مصر بين « أجانب من جنسية واحدة » فهى خاضعة « مبدئيا » لقانونهم الشخصى باعتباره القانون الذى اختاروه ليحكم بينهم خصوصاً وأن المشرع المحلى لا يريد أن يقيدهم فى هذه الحالة بالقانون المحلى حيث جعل الاختصاص فى هذه المسائل لمحاكمهم الشخصية

جواز الربا الفاحش

وبناء على هذه القاعدة حكمت محكمة مصر الجزئية المختلطة بانه اذا كان كاتب السند تحت الاذن وحامله ايطاليين فليس للأول أن يتمسك ضد الثانى بالربا الفاحش وذلك لان القانون الايطالى ، وهو الذى يحكم بينهما فى هذا الأمر ، لا يضع حداً لنسبة الفوائد وينبنى على ذلك أنه حتى لو ثبتت الارباح الفاحشة فانها لا يكون من شأنها جعل الاتفاق باطلا طبقاً لقانونه [2]

---

[٣٩٥] ج (١) راجع المناقشات الهامة التى حصلت فى الموضوع والمشروعات المتعددة التى قدمت للمجمع العلمى فى مجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٩٠٩ ص ٣٥٥ ..

[٣٩٦] (١) س م ٢٤ ديسمبر ١٨٩٠ مج ت م ٣ ص ٩٢

(٢) مصر الجزئية المختلطة فى ٨ نوفمبر ١٩١٣ جازيت ٤ ص ٢٦ نمرة ٦٧ ويلاحظ

قانون الجنسية أيضاً

كذلك قررت محكمة الاستئناف المختلطة نفس المبدأ فى قضية اخرى ولكنها لم تطبق حكم القانون الأجنبي فى الموضوع بل لجئت الى « نظرية الاحالة » فطبقت القانون الذى يشير اليه القانون الأجنبي فى الموضوع فقالت : ان القانون الذى يعمل به فى العقود الحاصلة فى مصر بين شخصين من الجنسية اليونانية هو قانون جنسيتهما ثم قالت ان المادة السادسة من القانون اليونانى الصادر فى ٢٩ اكتوبر سنة ١٩٠٦ تقضى بأن الالتزامات محكومة من حيث آثارها بقانون البلد الذى قصد المتعاقدون اما صراحة واما ضمناً أن يكون تنفيذها فيه الاهم الا اذا اتفق المتعاقدون على غير ذلك وينبنى على هذا أن العقود الحاصلة والواجب تنفيذها فى مصر بين يونانيين تكون خاضعة للقانون المصرى (وعلى الخصوص فيما يتعلق بمضى المدة — راجع بند ٣٩٥) وأن هذه القاعدة تسرى فى القانون اليونانى على العقود الواجبة التنفيذ فى بلاد تامة السيادة كما تسرى على العقود الواجبة التنفيذ فى بلاد خاضعة للامتيازات الاجنبية [٢]

استثناءان

ومع ذلك فهناك أحوال لا يتبع فيها قانون جنسية الطرفين وهى : —

أولا : فى المسائل العينية العقارية حيث الحكم فيها للقانون المختلط أو القانون المحلى على العموم دون القانون الشخصى (بند ٣٨٨)

ان هذه النقطة مختلف عليها حيث يرى البعض ان زيادة الارباح أو عدم تحديدها بموجب قانون أجنبي أمر لا يصح قبوله أمام محكمة أجنبية يكون الربح بحسب قانونها محدودا ولكن الرأى الصحيح ان هذه المسألة ليست متعلقة بالنظام العام الدولى بمعنى ان الحكم بالقانون الاجنبي الذى يحكم الخصومة لا يعتبر مخالفا للنظام العام ولذلك يصح تطبيقه على يد قاض يحدد قانونه الربح بسعر معلوم. هذا ومن البلاد التى لا تحدد الربح بل تتركه لاتفاق المتعاقدين « انجلترا والنمسا وسويسره والبلچيك وهولاندا واسپانيا وايطاليا — دسپانية بند ٣٠٨ والحكمة ان تحديد الربح أمر محلى متعلق بالسياسة الاقتصادية المحلية وليس من الامور الماسه بالمبادىء العالية التى تعتبر متصلة بالنظام العام بحيث لا يسمح فيها بتطبيق قانون أجنبي يخالف تحديد القانون المحلى أو يكون خاليا عن التحديد

(٣) س م ١٢ فبراير ١٩١٤ مج ت م٢٦ص٢٢٥ وهو وارد فى نظرية الاحالة بند ٢٩٥ ص ٣٠١

ثانياً : فى الأحوال التى يظهر من طبيعة الامور فيها أن الطرفين قد ارتضيا حكم القانون المختلط مثال ذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بانه فى حالة سكوت الطرفين يجب الالتجاء الى قرائن خاصة لمعرفة القانون الذى اتجهت ارادتهما الى تحكيمه : فاذا حصلت عمليات تجارية من طبيعتها أنها قابلة للتحويل من شخص الى آخر وأنها تخضع لعادات المحل الذى حصلت فيه فيجب أن يكون الحكم فيها طبقاً للقانون المحلى ؛ وينبنى على ذلك أن البيوع المقتضى التسليم فيها ventes à livrer والحاصلة فى مصر والمنفذة فى بورصة اسكندرية والتى اذا حصل نزاع بخصوصها كان الفصل فيه بموجب شرط خاص موضوع فيها ، أمام لجنة شركة المحاصيل العمومية باسكندرية Alexandria General Produce Association التى تحكم بدون استئناف ، هذه البيوع تعتبر معقودة تحت سلطان القانون المختلط حتى فى حالة كون الطرفين أجانب من جنسية واحدة هى الجنسية اليونانية والواقع ان المضاربات غير جائزه فى القانون اليونانى وهى جائزة فى القانون المختلط[٤]

العقود واجبة التنفيذ فى مصر

والعقود الواجبة التنفيذ فى مصر تعتبر خاضعة لحكم القانون المصرى من أهلى أو مختلط بحسب الاحوال ، اللهم الا اذا كان المتعاقدون جميعا من جنسية أجنبية واحدة فيرجع الى قانونهم الشخص أو القانون المصرى بحسب اختيارهم أو بحسب الظروف كما مر فى العقود الحاصلة فى مصر

النظام العام

ومع ذلك فلا ينفذ عقد فى مصر ولا يعترف بصحته اذا كان باطلا فى نظر القانون المصرى باعتبار أن موضوعه غير مشروع

وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ بان « موضوع الالتزام يجب حتما أن يكون فعلا مشروعا action licite وأن الالتزام لا يوجد قانونا اذا كان سببه غير مشروع وبناء على ذلك فان ادخال الاسلحة فى مصر بطريقة خفية وهو

(٤) س م ٢٩ مايو ١٩١٦ مج ت م ١٣ ص ٣٣٧ وهذا مطابق لرأى المجمع العلمى الوارد فى ص ٥٦٧ نمرة ١

أمر ممنوع بمقتضى القوانين المصرية ومخالف لنصوص المعاهدات التجارية (بند ١٧٣) لا يترتب عليه جواز مقاضاة المشترى أمام المحاكم المصرية ومطالبته بثمن البضائع المسلمة اليه بطريق التواطؤ بينه وبين البائع ويجب على المحاكم أن ترفض الدعوى فى هذه الحالة من تلقاء نفسها (٥)

ويجدر بنا فى هذا الموضوع الاشارة الى المادة ١٤ م م فانها تبيح الاختصاص للمحاكم المصرية فى حالة التعهدات الحاصلة فى مصر أو الواجبة التنفيذ فى مصر ففى هذه الحالة يكون اختيار المحكمة المصرية فى الغالب موجباً لتطبيق القانون المصرى باعتباره قانون البلد الذى حصل فيه العقد أو الواجب تنفيذه فيه أى قانون البلد الذى يكون له أعظم اتصال بالعقد أو بتنفيذه .

التفسير

أما تفسير العقود فهو خاضع فى نظر المحاكم المختلطة لارادة المتعاقدين فيجب أن يرجع فيه اليها دائماً . ولذلك فقد حكمت بانه يجب فى تفسير العقود أن يحصل البحث دائماً فيما هى ارادة المتعاقدين المشتركة دون المعنى الحرفى للالفاظ التى استعملوها أو الاوصاف التى ذكروها (٦) ، وأن العبرة هى بالمقاصد المشتركة دون الشكل الذى اتخذه العقد (٧) وانه مهما كان المعنى الحرفى للالفاظ المستعملة فان العقود يجب أن تفسر بحسب الغرض الذى يظهر أن الطرفين قد رميا اليه والى طبيعة العقود والى حكم العادة (٨)

كذلك قد حكم بانه عند النزاع لابد من اعتبار العقد قانون المتعاقدين ولا محل للالتجاء الى العادة المتبعة فى البلد الذى حصل فيه العقد الا لتكميل مالم يرد فى العقد أو لتفسير ما غمض من نصوصه . فاذا لم يكن ثمت دليل ظاهر على صحة العادات المحلية المتمسك بها فان القاضى المرفوعة أمامه الدعوى لا يستطيع أن يحكم

(٥) س م ٢٧ يناير ١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ١٣٦
(٦) س م ٩ مارس ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٥٢
(٧) س م ٢٧ ابريل ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٩٧
(٨) س م ٧ فبراير ١٩١٧ مج ت م ٢٩ ص ٢٠٤

بغير قانون محكمته [٩]

وأخيراً حكم بأن الالفاظ المستعملة فى مشارطة ايجار السفينة charte- partie المكتوبة بلغة أجنبية عن المتعاقدين أو عن أحدهما يجب تفسيرها طبقاً للمعنى الاصطلاحى والقانونى المقرر لها فى تلك اللغة [١٠]

المطلب الثانى — المصادر الأخرى للالتزامات [١١]

شبه العقد

٣٩٧ — الالتزامات الناشئة عن شبه العقد quasi ex contractu — هذه سببها عمل شخص واحد أو طرف واحد وهى تشبه العقد نظراً لكون سببها عملا مشروعاً مثال ذلك تصرف الفضولى negotiorum gestio أو الدفع خطأ وكلاهما يترتب عليه اثراء شخص بلا سبب ويدخل تحت ذلك ما ينشأ عن انقاذ السفن sauvetage فانه كثيراً ما يحصل بدون اتفاق من الجانبين [١]

هذه لالتزامات محكومة فى نظر جمهور المؤلفين بقانون الجهة التى حصل فيها العمل المسبب للالتزام

ويرى وستليك أن المحكمة المختصة بهذه الالتزامات فى القانون الرومانى هى

---

(٩) س م ٢٠ ابريل ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٢٧٣

(١٠) س م ١٥ ابريل ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ٣٣٣ وقد كان البحث دائرا فى القضية حول كلمة Customary الواردة فى مشارطة ايجار السفينة فاخذت المحكمة بالمعنى الذى تقول به المحاكم الانجليزية بالنسبة للسرعة التى يجب ان تشحن أو تفرغ بها البضائع وهو المعتاد فى كل ميناء من المين المختلفة التى يحصل فيها الشحن أو التفريغ

(١١) جارينا علماء القانون الدولى فى تقسيم الالتزامات الى عقود وشبه عقود وجنح وشبه جنح وقد اضاف بعضهم « القانون » ايضا باعتباره مصدرا من مصادر الالتزام ونحن لا نتعرض هنا لنقد هذا التقسيم فان ذلك يرجع اليه فى القانون المدنى ولكننا نقرر هنا ان التقسيم مفيد جدا فى القانون الدولى الخاص ومنتج

[٣٩٧] (١) فى حاله الانقاذ فى عرض البحر يتبع قانون السفينة التى انقذت غيرها وذلك بناء على فكرة مجاوزة الاقليم أو اعتبار السفينة جزءا من البلد التابعة اليه وبناء على فكرة تبعية السفينة التى حصل انقاذها للسفينة المنقذة (النقض الفرنسى فى ٦ مايو ١٨٨٤ كلونيه ١٨٨٤ ص ٥١٢ ودسپانييه ص ٩٣١)

محكمة البلد الذى له أكبر صلة بالعمل الذى نشأ عنه الالتزام ولذلك يكون قانون هذا البلد هو الذى يحكم الالتزام [٢]

ويرى ڤاليرى أنها محكومة بقانون المحكمة [٣]

وهناك رأى ثالث يقضى بأنها تكون محكومة بقانون جنسية الطرفين اذا كانا من جنسية واحدة [٤]

الجنحة وشبه الجنحة

٣٩٧ ب — الالتزامات المسببة عن جنحة ex delicto أو شبه جنحة quasi ex delicto : القاعدة العامة هى خضوع هذه الالتزامات من الوجهة المدنية أى من حيث المسؤولية المدنية لقانون الجهة التى حصل فيها الضرر الذى نشأ عنه الالتزام وعلى هذا الرأى أغلب علماء فرنسا وأساس هذه القاعدة اختصاص المحكمة التى وقعت فى دائرتها الجريمة — ذلك الاختصاص المبنى على حق المجنى عليه فى الحصول على التعويض بأسرع سبيل وفى أقرب جهة لمحل الحادث وبدون أن يضطر الى متابعة الجانى أمام محكمته الشخصية ، والمبنى من جهة أخرى على الخضوع القهرى لمحكمة الجريمة كما مر فى بند ٣٤٠ ص ٣٨٠

واذا كان الطرفان من جنسية واحدة فيرى البعض خضوع الالتزام لقانون جنسيتهما وهذا تفريع عن نظرية شخصية القوانين المبنية على الجنسية [٥]

ويرى فريق آخر ومنهم علماء انجلترا وأحكامها وقد تبعهم الاستاذ ڤاليرى أنه يجب من أجل اعتبار العمل أو الامتناع غير قانونى ومنتج لالتزامات ضد الفاعل أو الممتنع أن يتفق قانون القاضى مع قانون الجهة التى نشأ فيها الالتزام [٦]

---

(٢) وستليك وبنتويتش بند ٢٣٥ ص ٣٠٨ و ٣٠٩ وقارن دسپانييه بند ٣٢١ ص ٩٣٢ ،،

(٣) ڤاليرى ص ٩٧٠

(٤) راجع بند ٢٤٨ وقارن بند ٣٩٥ ب فيما يتعلق بالعقود

(٥) ڤايس ٤ ص ٤١٦

(٦) وستليك وبنتويتش ص ٢٦٧ ،، وڤاليرى ص ٩٧٢

وذلك لان القانون الذى يمنح تعويضاً عن ضرر ما يجب أن يكون مبنياً على اسس من العدالة والمناسبة فاذا كان قانون القاضى يرفض التعويض فى حالة معينة وقانون الجهة التى حصل فيها الحادث يبيحه فحكم القاضى بالتعويض يترتب عليه اثارة الشعور بأكثر مما يحدثه حكم الرفض . واذا كان قانون القاضى يجيز التعويض وقانون محل الحادث يمنعه فيكون من حق المدعى عليه أن يدفع بكون سلوكه لم يترتب عليه الاخلال بأى واجب قانونى فى الجهة التى كان فيها وأنه اذا كان لجهة معينة أن تتأذى من هذا السلوك فهى الجهة التى حصل فيها الحادث (٧)

التصادم

وفى حالة اصطدام البواخر فى عرض البحر يعتبر قانون محل الاصطدام هو قانون الباخرة المعتدية أو المخطئة وذلك بناء على المبدأ التصورى الذى يعتبر السفينة جزءاً من اقليم الدولة التابعة اليها السفينة (بند ٦٧) أو بناء على أن الحادث لم يحصل فى جهة خاضعة لقانون معين فلا يلتزم المخطئ بأى قانون سوى قانونه الشخصى وهناك قواعد خاصة فيما يتعلق بتحديد مسؤولية أصحاب السفن بسبب الاصطدام الذى يحصل منها اذ يقرر بعض القوانين (وأولها القانون الانجليزى) أن تكون المسؤولية محدودة بنسبة كمية معينة من النقود عن كل طن من حمولتها فلا يتحمل أصحابها أكثر من ذلك مهما كانت قيمة الخسائر التى لحقت بالسفينة الاخرى (٨) ويقرر القانون المصرى (٢٤٢ / ٢٤٢ بحرى) أنه اذا تصادم سفينتان وكان التصادم بسبب قهرى فالضرر الذى ينشأ عنه يكون على السفينة المصابة منهما بدون مطالبة الاخرى ، واذا حصل التصادم بتقصير أحد القبودانين فتكون الخسارة على من تسبب فى ذلك وأما اذا حصل بتقصير القبودانين أو اشتبه فى الاسباب

---

(٧) المرجع الاول المتقدم ص ٢٦٨

(٨) راجع فى هذا الموضوع الفيـد وستليك وبتوبتش ص ٢٧٢ — ٢٧٧ ودسپانيه بند ٣٢٣ ص ٩٣٨ وراجع قرار المجمع العلمى الصادر فى لوزان سنة ١٨٨٨ فى موضوع الاصطدام فى مجموعة ألبريك رولان ص ٣١٨ — ٣٢١

الموجبة له فيجبر الضرر بمصاريف تشترك فيها السفينتان وتقسم عليهما بنسبة قيمة كل واحدة منهما ويكون تقويم الضرر فى الحالتين بمعرفة أهل خبرة

ويلاحظ ان اضطرار السفينة بحسب قانون الميناء الى الاستعانة بدليل compulsory employment of a pilot يرفع مسؤولية أصحاب السفينة فى القانون الانجليزى عن أى ضرر يحدث بسبب خطأ الدليل (٩)

هذا ويجب الرجوع فى هذا الموضوع لما كتبناه عنه فى الاختصاص الدولى بند ٣٣٦ و ٣٣٧ وعلى الخصوص بند ٣٣٨ ص ٣٧١ وقضية القتل الواردة فى ص٣٧٢ ، و بند ٣٤٠ ص ٣٨٠ فى الاسباب التاريخية التى بنى عليها الاختصاص الدولى وفى اختصاص المحاكم المختلطة بقضايا الحق المدنى دون القنصليات بند١٩٤

القانون ٣٩٧ ج — الالتزامات الناشئة عن القانون : المقصود بهذا هو الالتزامات الناشئة عن مصادر غير العقود واشباهها والجنح المدنية واشباهها وهذه الالتزامات لا حصر لها لانها فى الواقع عبارة عن الآثار القانونية لصلات أو علائق قانونية سابقة . وجميع هذه الالتزامات محكومة بالقانون الذى يحكم الوقائع التى انتجت الالتزام . مثال ذلك أولا واجبات الوصى فانها محكومة بالقانون الشخصى للقاصر (بند ٣٦٢) ثانيا الالتزامات الناشئة عن الجوار فانها محكومة بقانون موقع العقارات

القانون البحرى وفى القانون التجارى البحرى أمثال عديدة على هذه الالتزامات مثل مسؤولية مالك السفينة عن الاعمال التى يقترفها الربان حيث تنص المادة ٣٠ / ٣٠ تجارى

مسؤولية مالك السفينة بحرى على ان « كل مالك لسفينة مسؤول مدنياً عن أعمال قبودانها بمعنى انه ملزوم بدفع الخسارة الناشئة عن أى عمل من أعمال القبودان و بوفاء ما التزم به القبودان المذكور فيما يختص بالسفينة وتسفيرها ، ويجوز للمالك فى جميع الاحوال أن يتخلص من التزامات القبودان المذكور بترك السفينة والاجرة اذا كانت هذه

(٩) المرجع الاول المتقدم بند ٢٠٤ ص ٢٧٧ وبالمعنى نفسه قرار المجمع العلمى فى المادة ٣ فى المرجع السابق ذكره ص ٣١٩

الالتزامات لم تحصل بنساء على اذن مخصوص » وتتحدد مسؤولية المالك طبقاً للقانون التابعة اليه السفينة وهو قانون العلم

مسؤولية الربان

كذلك مسؤولية الربان فان المادة ٣٥/٣٥ حددتها فقالت « على كل قبودان أو رئيس مأمور بادارة سفينة أو مركب من المراكب البحرية ضمان ما يحصل منه من التفريط فى اثناء تأدية وظيفته ولو كان يسيراً و يلزم باداء مقابل الخسارة الناشئة عنه »(١)

النفقات

وأخيراً فان الالتزامات الناشئة عن القانون التى ذكرها القانون المدنى المصرى تحت المواد ١٥٥/٢١٧ وما بعدها وهى الخاصة بالنفقات بين الفروع والاصول والازواج والاصهار ليست الا نتائج للزواج فى الاصل ولذلك وردت فى القانون المدنى الفرنسى فى المواد ٢٠٣ ،، تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن الزواج فهى خاضعة حينئذ لقانون الاحوال الشخصية التابع اليه الطرفان أو المدعى عليه منهما . ومع ذلك فقد اعتبرت المحاكم المصرية هذه المواد مقررة للنفقة بين الاصول والفروع بصرف النظر عن الزواج فاقرتها للاولاد الطبيعيين ، ويكون حكم هذه المواد شاملا لكل شخص خاضع لاختصاص المحاكم الاهلية أو المختلطة بصرف النظر عن الدين أو الجنسية(٢)

نتيجة

وبالاختصار يمكن القول بان القانون هو مصدر جميع الالتزامات ولذلك يبحث فى كل موضوع من المواضيع عن حقوق الطرفين والتزاماتهم فيه طبقاً للقانون الذى يحكم الموضوع نفسه ولهذا السبب استغنى أغلب المؤلفين عن افراد مبحث خاص لهذا الموضوع

---

(١) قارن دسپانيه بند ٣١١ ،، ولتكملة الالتزامات البحرية يرجع الى ماسنورده فى بند ٤١٦ ،،

(٢) قارن حكم محكمة اسكندرية المدنية ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ص ٤٠ نمرة ٥٥ فانه قضى بالنفقة للولد وبالتعويض للام بسبب هجر الرجل اياها وتركهما بلا نفقة أو تعويض بعد أن اقر بالولد وعاش مع المرأة ممنياً اياها بالزواج بها من أول الامر

الفصل الخامس

علائق القانون التجارى

٣٩٨ — نبحث فى هذا الفصل فى قواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بأعمال التجارة actes de commerce وبالتجار وبالأهليـة للاتجار والشركات التجارية وبالكمبيالات والاوراق التجارية الأخرى وبالافلاس، وبالنقل براً وبحراً

المبحث الاول — التجار وأعمال التجارة

السؤال **٣٩٩** — ما هو القـانون الذى يحكم بمقتضاه على شخص معين أنه تاجر أو غير تاجر وما هو القانون الذى يقضى به لمعرفة ما اذا كان عملا معيناً هو عمل تجارى ؟ اختلفت الآراء فى هاتين النقطتين الى ثلاثة : —

الرأى الأول : يقول بأن القانون الذى يحكم الصفتين المذكورتين هو القانون الذى قصد الطرفان أن يخضعا الى حكمه[1] ولكن هذا الرأى غير سديد لأن تعيين الصفة يجب أن يكون من شأن المشرع لا من شأن الفرد، والدقة تقتضى عدم جواز تغيير الوصف بحسب ارادة الشخص

الرأى الثانى : يجعل الحكم فى هذا الموضوع من شأن قانون القاضى[2] وهذا خطأ أيضاً لأن قانون القاضى لا يستطيع أن يحكم صفات جميع الاشخاص والاعمال الخارجة عن اقليم دولته — راجع نظرية التكييف القانونى وتفنيد الحكم فيهـا بمقتضى قانون القاضى، بند ٢٨٤ ”

---

[٣٩٩] (١) آسر ورينييه نمرة ٩١ وسورفى وارتوى نمرة ٤٤٦

(٢) ليون كان ورينو جزء ١ نمرة ١٨٣ و ٢١١

الرأى الصحيح

الرأى الثالث : وهو الصحيح فى نظرنا هو الذى يجعل العمل تجارياً أو غير تجارى طبقاً لقانون البلد الذى حصل فيه العمل ويجعل الشخص تاجراً أو غير تاجر طبقاً لقانون البلد الذى يقطنه أو يستقر فيه[٣] ولا محل للنظر فى هذا الأمر بمقتضى قانون جنسية المتعاقدين لانه لا دخل للجنسية فى هذه المسائل وانما المهم هو قانون بلد التعامل والاقامة كما قدمنا وذلك لان قانون محل حصول العمل هو الذى يبين لنا حكم هذا العمل وآثاره. لذلك كان من شأن هذا القانون أن يبين ماهو وصفه.

كذلك بالنسبة للاشخاص يخضع الشخص عادة لقانون الجهة التى يعيش فيها فيكون الحكم فى صفته التجارية من شأن قانون تلك الجهة

المبحث الثانى — الأهلية للاتجار

قواعد اقليمية

٤٠٠ — لقد خرج المشرع المصرى فى قانون التجارة عن القواعد المقررة للاهلية فى المسائل المدنية فلم يتركها لحكم القوانين الشخصية بشكل مطلق كما فعل فى المادة ١٣٠/١٩٠ (بندى ٣٥٩ و ٣٦٢) بل انه نص على قواعد عامة فى الموضوع أدخل بها عنصراً اقليمياً فيما يتعلق بالاهلية للاتجار

نص القانون التجارى فى المادة ٤ / ١٠ على قاعدة عامة تتبع فى حق جميع الاشخاص الذين يشتغلون بالتجارة فى مصر فقضى بأنه يسوغ لمن بلغ سنه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة وأن من لم يبلغ سنه الثامنة عشرة لا يجوز له الاتجار. وأما من بلغ سنه الثامنة عشرة وكان معتبرا بالغاً راشدا بحسب قانون أحواله الشخصية فيجوز له الاتجار اذا حصل على اذن من المحكمة الابتدائية (محكمة التجارة فى القانون المختلط [١]) فاذا كان قاصرا بحسب قانونه الشخصى بعد الثامنة عشرة فلا يستطيع أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فى قانونه المذكور

---

(٣) ڤاليرى ص ١٢٥١

[٤٠٠] (١) س م ٤ دسمبر ١٨٩٥ مج ت م ٨ ص ٢١

ومرمى هذا النص جعل الاشخاص خاضعين لقانون أحوالهم الشخصية بصفة كاملة ما بين الثامنة عشرة والحادية والعشرين اذا كانوا قاصرين بمقتضى ذلك القانون

تطبيقات

وعلى ذلك يكون الشاب الفرنسى محكوماً بين الثامنة عشرة والحادية والعشرين بمقتضى القانون الفرنسى من حيث أهليته للاتجار بينما الشاب المصرى يكون أهلا للتجارة بعد الثامنة عشرة بشرط الحصول على اذن من المحكمة فاذا لم يحصل على ذلك الاذن فلا يعتبر تاجراً ولا يصح الحكم عليه بالافلاس بالرغم من كونه قد قام فعلا بأعمال تجارية لا شك فيها[٢] ولا يجوز محاكمته من أجل الافلاس بالتدليس[٣] كذلك لا يصح الحكم بالافلاس على شاب انجليزى سنه بين ١٨ و ٢١ وهو قاصر فى القانون الانجليزى كما أنه لا يستطيع أن يستفيد من الصلح الاحتياطى أو المانع من الافلاس concordat préventif وذلك لأنه وان صح له اجراء أعمال تجارية فى القانون الانجليزى الا انه لا يجوز اشهار افلاسه فى ذلك القانون[٤]

استنتاج هام

هذا ومن الاستنتاجات المهمة من نص المادة ٤/١٠ تجارى أن الاشخاص المعتبرين قاصرين بحسب قانونهم الشخصى بعد الحادية والعشرين (بند ٣٦٢) يعتبرون من أهل الرشد بالنسبة للاتجار فى مصر رغم كونهم قاصرين بحسب قانونهم الشخصى . وفى هذا الحكم غرابة لأن الشخص يكون معتبراً من حيث الاهلية المدنية خاضعاً لقانونه الشخصى مهما تقدم عمره بعكس حالته من حيث الاهلية التجارية فانه بعد الحادية والعشرين ينفك عنه قيد عدم الاهلية ويصبح أهلا للتجارة بمقتضى القانون المصرى الاقليمى (قارن بند ٣٦١)

---

(٢) محكمة التجارة باسكندرية فى ١٣ يناير ١٩١٣ جازت ٤ ص ٦٥
(٣) النقض والابرام المختلط فى ٣ مايو ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٥٨ نمرة ٤٥٣
(٤) محكمة التجارة بالمنصورة فى ١٥ ابريل ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٢٢ نمرة ٣١٦ وراجع النقد فى الجازيت تحت الحكم ومقالة ضد النقد بقلم الاستاذ ليون كاسترو . جازيت ٥ ص ١٥١ — ١٥٢

ويلاحظ أن الشريعة الاسلامية تجيز للوصى أن يتجر فى أموال القاصر وقد حكمت بناء على ذلك محكمة التجارة المختلطة بمصر بأن القاصر يعتبر مقيداً فى هذه الحالة بأعمال الوصى على كل أمواله لغاية الافلاس أى انه يجوز اشهار افلاسه لأنه يعتبر تاجراً والافلاس جائز على كل تاجر[٥]

وهذا الحكم فى نظرى غير صحيح لأنه لا يصح أن ينسب الاتجار الى الطفل بسبب أعمال الوصى وفضلا عن ذلك فما نظن الا أن الوصى يتجر فى جزء معين من أموال القاصر ويجوز ضياع هذا الجزء كما يضيع رأس مال شركات المساهمة مثلا ويجب ألا يجرّ ذلك الى اشهار افلاس القاصر ولا الرجوع على باقى أمواله باعتبارها الضمان العام للدائنين الذين تعاملوا مع الوصى . فيكون الوصى فى آخر الامر كمدير شركة محدودة المسؤولية لا يضر عمله حملة الاسهم أو الشركاء الموصين فى شركات التوصية وهم بلّغ رشّد تتجر الشركة فى أموالهم . أما مجرد جواز اتجار الوصى فى أموال القاصر فانه لا يجيز له بيع عقاراته ولا رهنها مثلا بدون تصريح من المجلس الحسبى والا فانه يكون من السهل على كل وصى أن يبدد ثروة القاصر بمجرد اعلان انه سيتجر فيها . هذا ولم نستطع العثور على حكم الاستئناف فى القضية المذكورة

وتحتسب السن الواردة فى المادة ٤/١٠ طبقاً للحساب الشمسى باعتبارها سبباً للاهلية التجارية ولكون المادة مأخوذة عن القانون الفرنسى وان المشرع يريد بالطبيعة أن يكون الحكم واحداً طبقاً لحساب واحد بالنسبة لجميع المتجرين فى مصر[٦]

أهلية النساء للاتجار

أما أهلية النساء للاتجار فقد نصت عليها المادة ١١/٥ فقالت انها تكون على

---

(٥) ٩ دسمبر ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٧٠ نمرة ٢١١

(٦) قارن حكم محكمة التجارة باسكندرية فى ١٤ فبراير ١٩٢١ جازيت ١١ ص ١٤٥ نمرة ٢٠٠

حسب قانون أحوالهن الشخصية وهذه المادة عسيرة الفهم نوعاً ما ولكن اذا تذكرنا أن المرأة الاجنبية تنقص أهليتها بالزواج فى الغالب كما توضح فى بند ٣٧٧ „ فان الصعوبة تزول قليلا ويكون المقصود أن الحكم واحد بالنسبة للمرأة والرجل كما فى المادة ٤/١٠ اذا لم تكن متزوجة لأن المادة تسرى على الرجال والنساء على السواء حيث قد ورد فيها الكلام على « الشخص » أما اذا كانت متزوجة وكانت أهليتها تنقص بالزواج فانها لا تتجر الا بالشروط المقررة فى قانون أحوالها الشخصية فكأن الزواج وحده هو المفرق فى الحكم بين الرجل والمرأة وبدون هذا التفسير لا يكون للمادة معنى بعد المادة السابقة التى لا تقتصر على الرجال وأما لفظ «وكذلك également» فانه يظهر لنا فى غير محله لان الغرض ليس التشبيه أو التعادل وانما الغرض اشتراط الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية للمرأة المتزوجة فى كل الاحوال بجانب النص الاقليمى الوارد فى المادة ٤/١٠

المبحث الثالث — الشركات التجارية

احالة

٤٠١ — تكلمنا عن الشركات التجارية عند ما شرحنا حالة الاشخاص المعنوية فى علائق القانون المدنى منعاً للتكرار، فلا نعود اليها الآن، ونكتفى بالاحالة على ما جاء فى بندى ٣٦٤ „ وبخصوص الاختصاص الدولى فى مسائل الشركات والفروع والتوكيلات يرجع الى بندى ٣٣٦ و ٣٣٨ وفى الافلاس يراجع ما سيرد تحت بندى ٤١١ و٤١٣

المبحث الرابع — الكمبيالات ونحوها

حقيقة هامة

٤٠٢ — الكمبيالة وثيقة لا تتضمن عقداً واحداً فقط بل سلسلة عقود مختلفة مرتبط بعضها بالبعض الآخر ومعلقة كلها على أمر واحد له تأثير خاص على جميع العقود الاخرى وهذا الأمر هو حق الساحب فى السحب على المسحوب عليه

ولهذه الوثيقة صفات ومميزات خاصـة لا محل للتنازع عليها . وقد شرعت لغرض خاص هو انها تضمن لحاملها دفع قيمتها فى الميعاد المحدد للدفع ومع ذلك فان العقود أو التعهدات المتعددة التى ارتبط بها كل من ساحب الـكمبيالة والقابل لها والمحيل endosseur والضامن لها le donneur de l'aval كل ذلك مستقل بعضه عن البعض الآخر ومختلف ، وكذلك الحقوق والواجبات التى تقع على عاتق كل واحد من هؤلاء . وهذه النقطة فى منتهى الاهميـة ويجب الالتفات اليها دائماً لأن كثيراً من الصعوبات التى يحار فيها رجال القانون عند ما يريدون حل المنازعات المتعلقة بحقوق أولى الشأن فى أى كمبيالة وواجباتهم قد نشأت عن التعود على النظر الى الـكمبيالة باعتبارها عقداً واحداً بدون التفات الى العناصر المختلفة فى الـكمبيالة الواحدة

على أن هذه التعهدات المختلفة لها كلها صفة مشتركة هى انها تتم جميعاً وكل واحد منها بمجرد التسليم وتظهر أهمية هذا الموضوع كلما اقتضت الحال تحديد الجهة التى تم فيها التزام أحد المتعاقدين فى أى كمبيالة مثل القابل لها أو المحيل

ان الـكمبيالة من الوثائق التى بحسب طبيعتها يمكن أن ينشأ عنها تنازع فى القوانين . اذ يجوز أن تسحب فى بلد معين مثل فرنسا وتقبـل فى بلد آخر مثل انجلترا وتحول فى ثالث مثل بلجيكا وتكون واجبة الدفع فى رابع مثل المانيا . ومن المتصور جداً أن تتأثر صحة الـكمبيالة وحقوق أو واجبات المتعقدين فيها بقانون كل بلد من البلاد المذكورة وقد يكون من الضرورى كما فى العقود الاخرى البحث عن القانون الذى يحكم « أهلية » كل واحد من المتعاقدين أو البحث فى صحة الـكمبيالة نفسها أو أى عقد من العقود المنطوية تحتها ، من حيث الشكل ومعرفة القانون الذى يحكم هذا الشكل وقد يكون من الضرورى كذلك معرفة حقوق وواجبات كل واحد من المتعاقدين فى الـكمبيالة وتحديد القانون الذى يحكم كل

التزام من الالتزامات المتعددة ، من وجهة التفسير ومن حيث مقدار مسؤولية كل واحد من المتعاقدين [1]

ولا بد من الاشارة هنا الى أن كثيراً من قوانين البلاد الراقية قد وضع نصوصاً خاصة لحسم تنازع القوانين فى مادة الكمبيالات والاوراق المالية التجارية الأخرى . مثال ذلك قوانين انجلترا والمانيا والنمسا [2]

ومما يؤسف له أنه لا يوجد مثل هذه النصوص فى القانون الفرنسى ولا فى القانون المصرى المأخوذ عنه وان أحكام المحاكم فى مصر قليلة جداً فى الموضوع ولذلك فنحن مضطرون الى الأخذ بالقواعد العامة المسلم بها فى البلاد الاخرى

ان القواعد المبينة لحقوق كل من المتعاقدين فى الكمبيالات وواجباته من حيث تنازع القوانين هى فى أغلب الاحوال تطبيقات خاصة للمبدأين الآتيين وهما أولا — ان صحة كل عقد من حيث الشكل تتوقف على قانون الجهة التى حصل فيها العقد (بند ٣٩١ مكرراً "ى") وثانياً — ان تفسير أى عقد من العقود وبيان الحقوق والواجبات الناشئة عنه متوقفان على القانون الذى يعتبر الطرفان قد اختاراه ليحكم التزامهما وهو قانون العقد الذى سبق البحث فيه فى بند ٣٩٣

ولنبحث الآن فى أركان الكمبيالة فنتكلم أولا عن أهلية المتعاقدين ثم عن الشكل ثم عن حقوق المتعاقدين وواجباتهم كل منهم بحسب حالته ثم عن الاوراق الاخرى غير الكمبيالات

٤٠٣ — الأهلية . هذه محكومة بالنسبة لكل واحد من المتعاقدين فى كل تعهد من التعهدات التى تشتمل عليها الكمبيالة ، بمقتضى قانون جنسيته وهى بالنسبة للمصريين خاضعة لقانون ديانتهم وللنصوص الخاصة فى القانون التجارى الاهلية

نصت المادة ١٠٩ تجارى أهلى على أنه اذا حصل من النساء أو البنات اللاتى

---

[٤٠٢] (١) دايسى ص ٦٣٦ و ٦٣٧

(٢) هذا وتوجد نماذج لمشروعات قوانين خاصة بالكمبيالات والسندات تحت الاذن وافق عليها مؤتمر لاهى سنة ١٩١٠ و١٩١٢ ولكن لم توافق عليها الدول — راجع فيها مقالة بيليه فى كلونيه ١٩١١ ص ٣٨٥ — ٤٠١ وكذلك يوجد مشروع قديم وضعه المجمع العلمى للقانون الدولى فى بروسيل سنة ١٨٨٥ وهو منشور فى مجموعة البريك رولان ص ٢٨٧ — ٣١٥

لسن بتاجرات سحب كمبيالة أو تحويلها أو قبولها باسمهن خاصة ووضعن عليها امضاءهن فلا يعتبر ذلك عملا تجاريا بالنسبة لهن مع أن المادة ٢ تجعل جميع الكمبيالات أياً كان أولو الشأن فيها من الاعمال التجارية

والمادة ١١٤ تجارى مختلط التى تقابلها تنص على أنه اذا حصل من النساء أو البنات أو المزارعين الوطنيين الذين ليسوا بتجار[٢] سحب كمبيالات أو تحويلها أو قبولها بأسمهم خاصة فلا يعتبر ذلك عملا تجاريا بالنسبة لهم مع ان المادة ٢ تجعل كل معاملة متعلقة بالكمبيالات عملا تجاريا

ونصت المادة ١١٠/١١٥ تجارى على أن الكمبيالات المسحوبة من القصر الذين ليسوا تجاراً أو من عديمى الاهلية والتحاويل والقبول الممضاة منهم تكون باطلة بالنسبة لهم فقط

تطبيقات وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً لمبدأ خضوع الاهلية فى الكمبيالات للقانون الشخصى أن القانون العثمانى لم يمنع النساء من التعهدات بمقتضى أوراق أو سندات تجارية بل وبمقتضى كمبيالات ولو كن غير تاجرات فالسند تحت الاذن الموقع عليه من امرأة تحت أحكام القانون العثمانى والمحول قانوناً لآخر يكون ملكا له ولا يجوز اعتبار التحويل بمثابة توكيل بالقبض[٣]

كذلك قد حكم بأن حكم المحجور عليه لسفه فى الشريعة الاسلامية كحكم القاصر تقريباً وهو محروم من الاهلية فى العقود المدنية ما عدا القليل منها الواقع فى دائرة الاحوال الشخصية فمن ثم يصح التمسك فى وجه حامل السند سليم النية بأن المدين الموقع على السند فاقد الاهلية بسبب الحجر عليه للسفه (بند ٣٦٣)[٤]

---

(٢) النص على المزارعين أضيف الى المادة بمقتضى دكرتو ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ وقد صدرت بخصوص تفسيره أحكام عديدة

(٣) س م ٢٤ مايو ١٨٧٦ رواه بوريلى تحت المادة ١١٤ تجارى س ٢٢٣

(٤) س م ٢٤ يناير ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ١٠٣

وانه تلقاء عدم وجود نص فى القانون المختلط يبين حالة مصير التصرفات الحاصلة من المحجور عليه قبل الحجر فان المحاكم المختلطة قد طبقت نص المادة ٥٠٣ مدنى فرنسى التى تنص على جواز ابطال هذه التصرفات اذا كان سبب الحجر مشهوراً notoire وقت حصولها وينبنى على ذلك أنه لا يصح ابطال السندات الموقع عليها قبل الحجر والتى حولت لاشخاص آخرين حسنى النية الا اذا أمكن اثبات أن سبب الحجر كان مشهوراً (٥)

هذا وقد حكم بأن المادة ١٠٩/١١٤ تجارى انما ترمى الى تقرير الاستثناء فيما يتعلق بالمحكمة المختصة (أى انها لا تكون المحكمة التجارية فى المختلط) والى مقدار الفوائد التى يصح المطالبة بها والى طرق الاثبات التى يمكن التمسك بها والى مضى المدة التى يصح الدفع به وفيما عدا ذلك فان جميع القواعد الاخرى الخاصة بالكمبيالات ونحوها يستمر نافذ المفعول (٦)

الشكل ٤٠٤ — الشكل : تتوقف صحة الكمبيالة من حيث الشكل وكذلك صحة كل عقد من العقود التى تشتمل عليها الكمبيالة على قانون الجهة التى سحبت فيها الكمبيالة أو تم فيها العقد (بند ٣٩١ مكرراً) وهذا القانون هو وحده الذى يبين لنا ما اذا كانت الوثيقة كمبيالة أو شيكا أو سنداً تحت الاذن أو غير ذلك

ولذلك فصحة الكمبيالة نفسها محكومة بقانون المحل الذى سحبت فيه أى بقانون الجهة التى كتبت فيها الكمبيالة مستوفية من حيث الشكل وسلمت للشخص الذى يستحقها ويكون أول حامل لها ، وتتوقف صحة القبول من حيث الشكل على قانون الجهة التى تم فيها العقد من جانب من قبلها . وتختلف القوانين فى هذا الموضوع من حيث البيانات الواجب ذكرها فى الكمبيالة فالقانون الالمانى

---

(٥) محكمة التجاره المختلطة باسكندرية فى ٢٠ فبراير ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٨٨ نمرة ١٥٩ وقارن ما ذكرناه فى الحجر فى بند ٣٦٣

(٦) س م ٢٦ ابريل ١٨٩٣ ع ت م ٥ ص ١٨٨

لا يقتضى ذكر أن « القيمة وصلت » بعكس القانون المصرى (والقانون الفرنسى قديماً [١]) فانه يستلزم ذلك فالكمبيالة المسحوبة فى المانيا والواجبة الدفع فى القاهرة تكون صحيحة شكلا رغم عدم ذكر « القيمة وصلت » كذلك يجوز القبول شفاهاً فى قانون مقاطعة الالينواس فى أمريكا الشمالية فاذا سحبت كمبيالة من لندن أو من مصر على مدينة فى الالينواس وقبلت شفاها فيها كان القبول صحيحاً [٢]

استثناءان

ويستثنى القانون الانجليزى هنا حالتين :

١ : عدم وضع أوراق التمغة

الاولى : اذا سحبت كمبيالة فى بلد أجنبى ولم تكن قد وضعت عليها أوراق التمغة اللازمة طبقا للقانون المالى فى ذلك البلد وكانت بناء على ذلك باطلة فى نظر ذلك القانون فانها لا تعتبر باطلة لهذا السبب فى انجلترا . وهذا الاستثناء ليس مراعى بصفة عامة خارج انجلترا حيث القاعدة ان الكمبيالة الباطلة بطلانا تاما بحسب قانون محل تحريرها تعتبر باطلة فى كل جهة ، على أنه اذا كان البطلان نسبيا بمعنى انها لا يصح التمسك بها لاثبات الدين ، فان عدم وضع التمغة عليها فى بلدها لا يجعلها باطلة فى الخارج لانه ليس من الواجب على أى بلد أن ينفذ القوانين المالية الخاصة ببلاد أخرى [٣]

٢ : توافر الشكل المحلى

الثانية : اذا كانت الكمبيالة المسحوبة فى الخارج صحيحة فى الشكل طبقا لقانون المملكة المتحدة البريطانية فانها تعتبر صحيحة من حيث وجوب دفع قيمتها

---

[٤٠٤] (١) القانون الفرنسى فى موضوع الكمبيالات تعدل كثيرا بمقتضى القانون الصادر فى ٨ فبراير ١٩٢٢ وتتلخص التعديلات المهمة فيه فى انه اولا الغى المادة ١١٣ تجارى المتعلقة باستثناء النساء والبنات غير التاجرات ثانياً الغى لزوم ذكر «القيمة وصلت» ثالثا الغى وجوب ذكر التاريخ فى التحويل وذكر ان القيمة وصلت وذكر اسم المحول اليه واكتفى بتطلب امضاء المحول ، ونص على ان التحويل يتضمن الحوالة ولا يعتبر توكيلا الا اذا كان ذلك قصد المتعاقدين ، ونص على ان ملكية مقابل الوفاء تنتقل قانونا الى حاملى الكمبيالة بالتوالى — راجع فى شرح القانون مقالة الاستاذ سان بلانكا المدرس فى مدرسة الحقوق الفرنسية فى مصر العصرية عدد مايو ١٩٢٢ ص ٣٩٩ — ٤٢١ وكلة الجازيت عنه ، ١٢ ص ١٤٤ و ١٤٥

(٢) راجع دايسى ص ٦٣٨ وفاليرى ص ١٢٧٩

(٣) دايسى ص ٦٣٥ ،، وفاليرى ص ١٢٨٢ وهنا بند ٣٣٦ ص ٣٦٥

بين جميع الاشخاص الذين يتعاملون بها أو يحملونها أو يشتركون فيها بشكل من من الاشكال فى المملكة المتحدة . وهذا الاستثناء عملى جداً لانه يعتبر الكمبيالة انجليزية من حيث وجوب احترامها ودفع قيمتها فى انجلترا ولا يعبأ ببطلانها فى الخارج بسبب نقص فى الشكل بحسب قانون الجهة التى سحبت فيها والغرض من هذا الاستثناء حماية مصالح من يتعامل بها فى انجلترا

شكل التحويل

شكل التحويل : يجب ان يكون كل تحويل للكمبيالة صحيحا شكلا بحسب قانون الجهة التى حولت فيها وذلك لان كل تحويل يعتبر عقدا مستقلا فى ذاته يلتزم به المحيل بدفع قيمة الكمبيالة لحاملها الجديد ولذلك وجب ان يكون هذا العقد صحيحا طبقا لقانون بلد تحريره (٤)

وقد طبقت المحاكم المختلطة هذا المبدأ فحكمت بان صحة أو قيمة التحويل تتحدد بحسب قانون الجهة التى امضى فيها و بذلك يكون التحويل على بياض endossement en blanc صحيحا اذا حصل فى انجلترا لان قانونها يجيزه و يجعل حامل الكمبياله مالكا لها و يعتبره حسن النية (٥) كذلك حكم بان التحويل الذى لم يذكر فيه التاريخ صحيح فى قانون سويسره حيث حصل التحويل ويجب احترامه فى مصر واعتباره ناقلا للملكية رغم كون القانون المصرى يستلزم التاريخ (٦)

محل تحرير الكمبيالة

ويلاحظ أخيرا ان المحل المذكور فى الكمبيالة باعتباره البلد الذى حررت فيه يجب ان يعتبر المحل الحقيقى الذى صدرت فيه بصرف النظر عن حقيقة الحال . فالكمبيالة التى سحبت فى باريس ولكن كتب عليها انها حررت فى لندن تعتبر

---

(٤) مثال ذلك فى قانون سنة ١٩٢٢ الفرنسى يكتفى بان يضع المحيل امضاءه على ظهر الكمبياله ، حتى التاريخ لم يتطلب فيكون التحويل صحيحا بمجرد الامضاء

(٥) س م ٧ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٨٦ نمرة ٢٥٤

(٦) س م ٢٩ مارس ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٨٧ نمرة ٣٢٢

صحيحة اذا كانت كذلك طبقا لقانون انجلترا ولو خالفت قانون فرنسا . وهذه قاعده مقررة لمصلحة حاملي الكمبيالة الذين استلموها بحسن نيته فى مقابل مالهم من الحقوق ولذلك لا تعتبر صحيحة الا بالنسبة اليهم

الحقوق والواجبات

٤٠٥ — حقوق المتعاقدين فى الكمبيالة وواجباتهم : هذه محكومة بالنسبة لكل من المتعاقدين بقانون البلد الذى حصل فيه التعاقد معه . وقد حكمت المحاكم المختلطة بناء على ذلك بأنه فى حالة كون ساحب الكمبيالة متوطناً فى مصر وحصول السحب فى مصر فان القانون الذى يسرى عليه امام المحاكم المختلطة هو القانون المختلط دون غيره [1]

التفسير

هذا وتفسير كل من السحب والتحويل والقبول يكون بحسب قانون البلد الذى حصل فيه كل منها ومع ذلك فيجب ألا يغيب عن الذهن أن التحويل انما يضمن دفع الكمبيالة المحولة ولذلك يجب اعتبار التحويل باطلا ، ولو كان صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذى حصل فيه ، اذا كانت الكمبيالة باطلة بحسب قانون البلد الذى سحبت فيه (راجع أول بند ٤٠٢)

حقوق الجميع ضد الساحب

كذلك تتوقف حقوق أولى الشأن ضد ساحب الكمبيالة — تلك الحقوق التى تنتقل بالتحويل من حامل الكمبيالة الى المحال – على نقطة جوهرية هى حق الساحب أو سلطته فى سحب الكمبيالة على المسحوب عليه ، وهذه محكومة بقانون الجهة التى سحبت فيها الكمبيالة لا بقانون الجهة التى حولت فيها لان هذا القانون انما يحكم العلائق بين المحيل والمحال دون علائق الساحب والمحالين فان هذه خاضعة لقانون الجهة التى سحبت فيها الكمبيالة

القبول

واخيراً فان قبول الكمبيالة ينشأ عنه عقد جديد بين القابل وجميع المتعاقدين على الكمبيالة وهذا العقد محكوم بقانون الجهة التى تم فيها القبول [2] وهو وحده

٤٠٥] (١) س م ٦ ابريل ١٨٩٣ مج ت م ٥ ص ٢٩١

(٢) قارن ڤاليرى ص ١٢٨٣

الذى يبين هل يجوز تعليق القبول على شرط أو لا يجوز ، وهل يجوز نقض القبول أو لا يجوز

التضامن أما التضامن بين المتعاقدين المختلفين فانه لا يجوز التمسك به ضد أحدهم الا اذا كان منصوصاً عليه فى قانون البلد الذى حصل فيه التعاقد معه ولذلك يصح أن يكون التضامن واجباً ضد بعض المتعاقدين وغير واجب بالنسبة للبعض الآخر ، كل بحسب قانون عقده

الضمان والتزامات الضامن الاحتياطى le donneur de l'aval محكومة كذلك بحسب قانون البلد الذى وقع فيه الضمان

مقابل الوفاء وأما وجود مقابل الوفاء provision والآثار المترتبة على وجوده فهى من أمر قانون الجهة الموجود بها مقابل الوفاء . وعلى هذا يكون مثل مقابل الوفاء كمثل الضمانات العينية من منقولة وعقارية ولكن تتوقف معرفة ما اذا كان الدين المكون لمقابل الوفاء ينتقل مع الكمبيالة الى الحامل ، بحسب رأى محكمة النقض الفرنسية ، على قانون البلد الذى حررت فيه الكمبيالة غير أن ڤاليرى يرى بالعكس أن ذلك يتوقف على قانون محل توطن المسحوب عليه (٣)

ضياع الكمبيالة وفى حالة ضياع الكمبيالة يجب على من كان حاملا لها وفقدها أن يتخذ الاجراءات التى يوجبها قانون البلد الواجب دفع قيمة الكمبيالة فيه من حيث المعارضة فى دفع قيمتها أو من حيث طلب دفع قيمتها رغم ضياعها وهذا القانون نفسه يبين أيضا حقوق من تكون الكمبيالة فى يده حالة كونه حسن النية

واجبات حامل الكمبيالة ٤٠٦ — واجبات حامل الكمبيالة : تتحدد واجباته بالنسبة لتقديم الكمبيالة من أجل طلب قبولها أو طلب دفعها بمقتضى قانون البلد الذى يحصل فيه طلب القبول أو طلب الدفع

---

(٣) ڤاليرى ص ١٢٨٥

تطبيقات

وتطبيقا لهذا المبدأ قرر القانون التجارى المصرى فى المادة ١٦٠ / ١٦٧ تحديد المدة (من ستة أشهر الى سنة) التى يجب فى خلالها على حامل الكمبيالة المسحوبة فى الخارج والواجبة الدفع فى القطر المصرى ، سواء كان بمجرد الاطلاع عليها أو بعده بيوم أو أكثر أو بشهر أو أكثر ، ان يطلب دفع قيمتها أو قبولها والا سقط حقه فى الرجوع على المحيلين وكذلك على الساحب اذا كان قد أوجد مقابل الوفاء عند المسحوب عليه

كذلك قررت المادة نفسها سقوط حق حامل الكمبيالة فى الرجوع المذكور اذا كانت مسحوبة من البلاد المصرية لاجل دفعها فى البلاد الاجنبية أو قبولها اذا لم يطلب دفع قيمتها أو قبولها فى المواعيد المحددة لكل من المسافات المذكورة فيها وفى هذه الحالة قررت المادة ١٦٦ / ١٧٣ فيما يتعلق بالرجوع على الساحبين والمحيلين المقيمين بالقطر المصرى انه بعد عمل البروتستو تحصل مطالبتهم فى مواعيد تختلف من ثلاثة أشهر الى سنة بحسب قرب البلد الاجنبى الواجب فيه الدفع أو بُعده من القطر المصرى

وقررت المادة ان الاحكام المتقدمة لا تخل بالشروط التى تحصل بخلاف ذلك بين آخذ الكمبيالة وساحبها والمحيلين أيضا

وقد حكم بان هذه المادة لا تسرى على السندات التى تحت اذن billets à ordre (١)

البروتستو والاخبار به

اما واجبات حامل الكمبيالة من حيث وجوب عمل البروتستو أو الاكتفاء به أو وجوب الاخبار فى حالة الرفض notice of dishonour, notification du protêt أو غير ذلك فانها محدودة بقانون البلد الذى رفضت فيه الكمبيالة أو رفض دفعها مثال ذلك : شخص (أ) يحول كمبيالة فى انجلترا الى آخر (ب) وهى واجبة

---

[٤٠٦] (١) س م ٢ مارس ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٤١

الدفع فى باريس وهذا يحولها الى فرنسى لم يستطع الحصول على قبولها أو قبضها فيعمل عنها البروتستو ويعلن ذلك الى (أ) طبقا للقانون الفرنسى (١٦٥ /١٧٢ مصرى) فيجوز رجوع (ب) على (أ) رغماً من كونه لم يعلن اليه الرفض طبقاً لما يوجبه القانون الانجليزى (٢) كذلك اذا سحبت كمبيالة فى انجلترا وكانت واجبة الدفع فى أسپانيا وقد حولت فى انجلترا من (أ) الى (ب) وهذا حولها الى (ج) ورفضت الكمبيالة فلم تقبل وبعد ذلك بأثنى عشر يوماً أعلن (ج) رفضها الى (ب) وهذا أعلن به (أ) وفى القانون الاسپانى لا ضرورة للاعلان فى حالة الرفض ، فيجوز رجوع (ب) على (أ) (٣)

تاريخ الدفع

٤٠٧ — ويتحدد التاريخ الواجب فيه الدفع فى حق الكمبيالات المسحوبة من بلد على آخر طبقا لقانون البلد الواجب فيه الدفع . مثال ذلك فى القانون الانجليزى يسمح بثلاثة أيام لدفع قيمة الكمبيالات المحدد لدفعها تاريخ معلوم ولا يسمح بأى ميعاد فى القانون الفرنسى فاذا سحبت كمبيالة من پاريس على لندن فانها يجوز دفعها بعد أيام ثلاثة أما اذا سحبت من لندن على پاريس فلا يكون ثمت سماح بعد اليوم المحدد

كذلك اذا سحبت كمبيالة من لندن على پاريس وقبل الاستحقاق صدر قانون فى فرنسا بسبب الحرب مثلا بتأجيل دفع الكمبيالات الحالّة مدة شهر بعد الاستحقاق فان ميعاد الدفع يتحدد طبقا للقانون الفرنسى دون غيره (٤)

---

(٢) يظهر ان القانون المصرى تبعا للقانون الفرنسى لا يوجب اعلان البروتستو المعمول لعدم الدفع الا اذا طالب حامل الكمبيالة من حولها اليه وكانت مطالبته له بالانفراد ولذلك فلا ضرورة لاعلانه ايضا للمحيلين السابقين ولا للساحب بعكس الحالة فى انجلترا

(٣) دايسى ص ٦٤٢ — ويظهر ان المقصود بعدم ضرورة الاعلان فى حالة الرفض هو عدم ضرورة اعلان الساحب من جانب حامل الكمبياله وهذا لم يحصل مع ان القانون الانجليزى يتطلبه وبالرغم من ذلك يكون الرجوع صحيحا

(٤) دايسى ص ٦٤٣

السندات الاخرى

٤٠٨ — السندات تحت الاذن والسندات التى لحاملها وغيرها من الاوراق التجارية : تسرى القواعد العامة المتقدمة المتعلقة بالكمبيالات على السندات تحت اذن وعلى الاوراق الاخرى بعد اجراء التغييرات اللازمة طبقاً لمقتضى الحال مثال ذلك يعتبر كاتب السند تحت اذن مثل قابل الكمبيالة ، ويعتبر المحيل الاول للسند تحت اذن مثل ساحب الكمبيالة المقبولة والواجبة الدفع الى أمر ساحبها

ولا محل فى السندات تحت الاذن للكلام على تقديمها للقبول أو لقبولها ولا لمقابل الوفاء ، فانها تعهدات صادرة من المتعهد مباشرة ، كذلك لا محل للكلام على عملها من صور متعددة كما هى الحال فى الكمبيالات[1]

المبحث الخامس — الافلاس

٤٠٩ — تختلف قوانين العالم فى اجراءات الافلاس كما تختلف أيضاً فى الشروط التى تستلزمها لوجود حالة الافلاس وفى الحقوق والواجبات التى يمنحها أو يوجبها الافلاس على كل من كان له شأن فيه

فاذا صرفنا النظر عن الاختلافات الموجودة فى مسائل المرافعات فى مادة الافلاس باعتبار أن هذه المسائل انما يتبع فيها دائماً قانون المحكمة التى تحكم باشهار الافلاس فلا نستطيع أن نغض الطرف عن الاختلافات الكبيرة التى تفصل قوانين العالم بعضها عن البعض فى نقط جوهرية متعلقة بالافلاس وجواز الحكم به وآثاره

افلاس غير التجار

وأول فرق مهم بين قوانين العالم هو أن بعضها ، مثل قوانين انجلترا وأمريكا والمانيا وهولاندا والسويد والدانمارك ، يجعل كل شخص معرضاً للحكم عليه

[٤٠٨] (١) قارن دايسى ص ٦٤٦ — ٦٤٨ وراجع القانون التجارى المصرى مادة ١٨٩ /١٩٦ الى /١٩٣ /٢٠٠

بالافلاس سواء كان تاجراً أو غير تاجر ، بعكس البعض الآخر — مثل قوانين فرنسا ومصر وايطاليا و بلجيكا — يجعل الافلاس مقصوراً على التجار دون غيرهم و يجعله نظاما من النظم التجارية المحضة لا يضرب الا على التجار فى مقابل المزايا والامتيازات التى يتمتعون بها فى القانون من حيث سهولة الاثبات وسرعة تحصيل الديون وشمول الاحكام بالنفاذ المعجل الى غير ذلك مما هو معلوم فى المسائل التجارية (١)

تمييز الوطنى على الاجنبي

وهناك فرق ثان قد كادت تزول معالمه الآن ولم يبق الا فى قليل من القوانين الحالية وهو تمييز الدائنين الوطنيين على الدائنين الاجانب فى توزيع أموال المفلس بينهم وهو باق للآن فى قانون النمسا وقانون أوراجوى (بند ١٤٩) وقد كان مقرراً فى القانون البروسى الصادر فى سنة ١٨٥٥ والذى ألغى الآن ومع ذلك فقد نص القانون الالمانى الصادر فى سنة ١٨٧٧ على جواز التمييز بين الوطنيين والاجانب التابعين لحكومات يراد الاقتصاص منها (٢) على أن كل قوانين العالم تقريباً لا تميز الآن بين وطنيين وأجانب من حيث حقوقهم فى أموال المفلس

آثار حكم الافلاس

وهناك فرق ثالث فى منتهى الأهميه وهو خاص بطبيعة الحكم باشهار الافلاس فانه فى القانونين الفرنسى والمصرى وكثير من القوانين الاخرى لا تنتقل بمقتضاه ملكية شىء من أموال المدين الى وكلاء الديانة syndics أو الامناء trustees ولكنه حكم يصدر لصالح الدائنين ترفع به يد المفلس عن ادارة جميع أمواله وعن ادارة الاموال التى تؤول اليه الملكية فيها وهو فى حالة الافلاس ويخول بمقتضاه وكيل الديانة حق تمثيل الدائنين و يلتزم بذلك وعليه ادارة شؤون المفلس المالية لمصلحة الدائنين بدون ان تنزع ملكيته عنها كما يخول رفع كل الدعاوى التى كان للمفلس نفسه رفعها ، وهو يمثل فى ذلك مصلحة الدائنين ، ولا تقام الدعاوى بخصوص أموال المفلس ولا يستمر

---

[٤٠٩] (١) ڤارن ڤاليرى ص ١٣٠٦ والجازيت ٢ ص ١٦٥
(٢) وستليك وبنتويتش ص ١٥٨ ،،

السير فيها بعد الافلاس الا فى مواجهة وكلاء الدائنين

بعكس الحال فى بعض القوانين الاخرى مثل القانون الانجليزى فان الافلاس يعتبر فيه بمقتضى قانون سنة ١٨٨٣ الذى حل محله قانون سنة ١٩١٤ Bankruptcy Act,1914 بمثابة حوالة عامة Universal assignment تنتقل بها ملكية أموال المفلس الى الامين trustee وهو يملكها لحساب الدائنين (٣)

مبدأ وحدة الافلاس

هذا و بما ان الافلاس يصدر به حكم دائما فلا مناص من التساؤل عن امكان تنفيذ هذا الحكم ومعرفة آثاره الاخرى فى الخارج فاذا تيسر ان يحصل الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه فى كل جهة فتكون النتيجة امكان تحقيق مبدأ « وحدة الافلاس وعالميته» Principe de l'unité et de l'universalité de la faillite, وبذلك يمكن اعتبار الشخص الذى حكم بافلاسه فى جهة معينة مفلساً فى كل جهة أخرى يكون له فيها أموال وتتعاون السلطات القضائية فى كل بلاد العالم على تحقيق الغرض من حكم الافلاس وهو توحيد ادارة أموال المفلس وتوزيعها على من يستحقها من الدائنين فى كل مكان ولكننا نعلم ان تنفيذ الحكم فى كل البلاد الاجنبية أمر محفوف بالصعوبات ولا يتيسر فى كثير من الاحوال (بند ٣٤٤) وفى القانون الانجليزى مثلا حيث تنتقل ملكية أموال المدين الى الأمين هل تمتد هذه الفكرة الى ما وراء حدود الاقليم الانجليزى فتسرى على أموال المفلس الخارجة عنه ؟ واذا حصل ذلك هل تسرى على المنقولات والعقارات ؟ لا يخلو الرد على هذين السؤالين من كثير من الشك ، ولكن من المقرر فى انجلترا ان الاحكام الاجنبية الصادرة بافلاس المدين تشبه بالاحكام الانجليزية من حيث المنقولات فقط وتعتبر ، من باب التصور ، انها ناقلة ملكية المنقولات الموجودة فى انجلترا الى وكلاء الدائنين الاجانب وهذا تحقيق جزئى لمبدأ وحدة الافلاس ولكن الحكم الأجنبى لا يؤثر مطلقا على العقارات

(٣) وستليك وبنتويتش ١٥٩ ،،

الكائنة فى انجلترا (٤)

الافلاس والتنفيذ الانفرادى

الفرق الرابع بين قواعد الافلاس فى القوانين المختلفة ان بعضها — القانون الالمانى مثلا — يقرر ان حكم اشهار الافلاس الصادر فى الخارج لا يمكن ان يمنع التنفيذ لصالح الدائن الفرد فيستطيع الدائن فى المانيا مثلا ان يباشر التنفيذ فى الوقت الذى قد أصبح فيه المدين مفلساً بمقتضى حكم أجنبى ورغما من محاولة تنفيذ هذا الحكم فى المانيا ما لم تكن هناك معاهدة بين المانيا والبلد الصادر منه الحكم وقد رأينا فى بند ٣٥١ ان القوانين السودانية تحرم الحكم المصرى الصادر بالافلاس من ان يكون مثبتا للافلاس فى السودان أو قابلا للتنفيذ فيه أو مانعا من اتخاذ أى اجراءات فيه اذا كان المحكوم عليه مقيما فى السودان أو له املاك فيه

بينما يجيز بعض القوانين الاخرى — مثل القانونين الانجليزى والفرنسى — تفضيل حق الامناء أو وكلاء الدائنين المعينين من محكمة محل المدين فى الخارج على حقوق أفراد الدائنين الذين يحاولون التنفيذ على أموال المدين بالحجز عليها تنفيذياً أو تحت يد الغير فى بلدهم ، فلا يستطيع هؤلاء الافراد أن ينتفعوا من التنفيذ الانفرادى بعد شروع ممثلى التفليسة الاجنبية فى عملهم فى البلد المذكور (٥)

حظ مبدأ وحدة الافلاس

٤١٠ — يتضح مما تقدم أن الصعوبات الجوهرية القائمة فى سبيل تحقيق مبدأ وحدة الافلاس وعالميته تجعله غير ميسور التطبيق بشكل منتج

وفى الواقع فان أغلب قوانين العالم ضد هذا المبدأ واذا كانت القوانين لا تستنكره فهى لا تحض على السعى فى تحقيقه ، والمحاكم لا تناصره . ومن المؤكد أن الآراء الفرنسية والقوانين الانجليزية والالمانية تأخذ كلها بعكسه (١) ولكن بما أن الغرض من نظام الافلاس هو تسوية مطالب مجموع من الدائنين فانه

---

(٤) وستليك وبنتويتش ص ١٥٩ و ١٦٠
(٥) وستليك وبنتويتش ص ١٨١
[٤١٠] (١) وستليك وبنتويتش ص ١٥٩ و ١٦٠

لا يكون ممكناً من الوجهة النظرية الصحيحة الا فى جهة واحدة فقط وهى محل توطن المدين ولذلك فان المحكمة الشخصية للمدين تحل فى الاختصاص فى مادة الافلاس بوجه عام محل المحاكم المختلفة التى كان لها الاختصاص بحسب الالتزامات السابقة التى عقدها المدين وأعقبها افلاسه [٢] وبما أن المصالح التى يمسها الافلاس هى مصالح مالية فلم يكن هناك نزعة من جانب رجال القانون ليحلوا الجنسية محل الموطن فى تعيين المحكمة الشخصية المختصة بوجه عام كما حصل فى العلائق الشخصية والعائلية الخاصة بالانسان والواقع أنه فى البلاد التى لا تسرى فيها قوانين الافلاس الا على التجار لا يلتفت الى محل توطن المدين وحده فى تعيين المحكمة المختصة بل الى محل التجارة الاصلى أو مركزها الاساسى [٣]

مبدأ تعدد التفاليس

وبالعكس فان المبدأ الذى من مقتضاه ضرورة السماح بتعدد أحكام اشهار الافلاس فى كل البلاد التى يكون للمفلس أموال فيها وهو ما يسمى « مبدأ تعدد التفاليس » Système de la pluralité de faillite وهو المبدأ المتبع عملا بوجه عام — هذا المبدأ وان كان موجبا للتيسير من الوجهة المحلية الا انه مخالف لمبادىء العدالة التى توجب تقليل المصاريف القضائية بقدر الاستطاعة والتى توجب احترام الاتفاقات الخاصة التى تحصل بين المدين وأغلبية دائنيه وهى المسماة بالصلح الاحتياطى أو الصلح عقب اشهار الافلاس Concordat préventif ou aprés faillite

ومبدأ تعدد التفاليس هو الذى تغلب فى العمل وسارت عليه أغلبية محاكم العالم وقوانينه ومع ذلك فسنرى فى بند ٤١١ ان هناك بعض عوامل تخفف من مضاره نوعا ما وتقربنا قليلا من مبدأ وحدة الافلاس

امام المحاكم المختلطة

ولقد تقرر مبدأ تعدد التفاليس فى المحاكم المختلطة بحكم من دوائرها المجتمعة صدر فى قضية شركة « أراضى مصر الشمالية ليمتد » فى ٥ يونيه ١٩١٢ (جازيت ٢

(٢) قارن سافينى ترجمة جوترى ص ٢٠٩ بند ٣٧٤
(٣) وستليك وبنتوتيش ص ١٥٦

حكم الدوائر المجتمعة أجاز التعدد

ص ١٧٩) جاء فيه « أن مبدأ وحدة الافلاس وعالميته لم يتقرر بعد بصفة دولية احتراماً للسيادة الواجبة لكل حكومة ولاستقلال النظم القضائية بعضها عن البعض ولذلك فانه من الجائز قانوناً أن يحكم بافلاس شركة أراضى مصر الشمالية ليمتد فى الوقت الذى هى فيه فى حالة تصفية فى انجلترا »

تطبيقات

واقد كانت الاحكام السابقة سائرة على هـذا المبدأ من قبل فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة [٤] بأن الحكم الاجنبي الصادر باشهار الافلاس لا يكون له فى مصر ، ضـد الاشخاص الذين لم يكونوا طرفاً فيه ، أى تأثير ولا نتيجة مما يجب له فى البلد الذى صدر فيه وما لم يكن هناك نص صريح فى القانون أو معاهدة دولية توجب التبادل فان آثار الحكم الاجنبي المقرر افلاس المدين تبقى محصورة داخل حدود الاقليم الذى صدر فيه الحكم وفى هـذه القضية حكمت المحكمة بان لا حق للأمين trustee المعين من قبل المحكمة البريطانية والثابتة صفته من الحكم البريطانى فى ان يدفع فرعيا بعدم قبول المقاصة التى يتمسك بها المدعى عليه ارتكانا الى ان القانون الانجليزى لا يجيز المقاصة من بعد حكم الافلاس

كذلك قد حكم بانه اذا صدر حكم من المحكمة العليا الانجليزية بتصفية شركة انجليزية مركزها فى لندن ولكنها كانت تقوم باعمال فى مصر ولها وكلاء رسميين فيها وعين لها الحكم مصفّيا فى لندن فان هذا الحكم ، الصادر فى بلاد أجنبية والذى هو غير معلوم لدائنى الشركة المصريين الذين لا يحكمهم فى صلاتهم مع الشركة الا القانون المصرى ، لا يمكن ان يكون من شأنه الزام هؤلاء الدائنين بمقاضاة الشركة فى لنـدن فى شخص المصفى مع ما يترتب على ذلك من التأخير الذى تستدعيـه مسافات الطريق . وبالعكس يكون لهؤلاء الدائنين حق مقاضاة

(٤) فى ١٨ ابريل ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢٧٦

الشركة فيما يختص بالأعمال التى تمت معها فى مصر امام المحاكم المختلطة وفى مواجهة الممثل الرسمى للشركة فى مصر (٥)

وأخيراً حكمت محكمة اسكندرية المدنية برفض طلب وضع أمر التنفيذ على حكم انجليزى صادر بالتصفية الاختيارية Voluntary liquidation لشركة رودوكانا كى رينولدز وشركاهم ليمتد (بند ٣٦٧) باعتباره سابقاً لاوانه نظراً لوجود قضية مرفوعة على هذه الشركة امام محكمة التجارة المختلطة باسكندرية ويحتمل أن يحكم فيها باشهار الافلاس وفى هذه الحالة يجب أن يكون التفضيل لحكم القانون المحلى . فاذا رفض طلب الافلاس فيكون ثمت محل لفحص طلب التنفيذ المطلوب لحكم التصفية . والواقع أن المحكمة التجارية حكمت بافلاس الشركة المذكورة فى مصر رغم سبق صدور حكم بتصفيتها فى انجلترا (٦)

نحو مبدأ الوحدة ٤١١ — ويلاحظ أن آثار مبدأ تعدد التفاليس تخفف فى الواقع كثيراً بأمور متعددة كما قلنا فى بند ٤١٠ نذكر منها هنا ما يأتى :

تنفيذ الحكم الاجنبى أولا : ان الاحكام الاجنبية تنفذ فى مصر بشرط التبادل ومع تحقق الشروط الاخرى التى مرت فى الكلام على الاحكام (بند ٣٤٤ ") فاذا لم يتيسر التبادل كما فى حالة الاحكام الانجليزية والفرنسية فلا بد من رفع دعوى بهذه الاحكام كما تقدم شرحه (١) وبالعكس يجوز تنفيذ الاحكام الايطالية والالمانية نظراً للتبادل ولكن بشرط ألا يكون قد صدر فى مصر حكم باشهار الافلاس ضد المدين نفسه أو رفعت الدعوى بطلب الافلاس كما تقرر فى حكم شركة

---

(٥) س م ٢٥ نوفمبر ١٨٩١ مج ت م ٤ ص ١٤

(٦) محكمة اسكندرية المدنية فى ٥ ابريل ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٣٧ نمرة ٢٩٩ والجازيت ٣ ص ١٣٨ نمرة ٣٠٠ وقد اشتمل حكم المحكمة المدنية على ذكر المبادئ المتعلقة بالافلاس فى الخارج وفى مصر بشكل واف

[٤١١] (١) راجع البند السابق وراجع بند ٣٤٤ فى الاحكام الانجليزية وبند ٣٤٤ ب والجازيت ٣ ص ١٩٣ نمرة ٤٢٢ بالنسبة للاحكام الفرنسية

رودوكانا كى (البند السابق) ويصح هنا أن نذكر أن النظام العام فى مصر يأبى أن ينفذ فيها حكم أجنبى يقضى بافلاس شخص غير تاجر فيكون ذلك من موانع التنفيذ للحكم ولو توافر شرط التبادل (بند ٣٤٦ مكرراً)

آثاره الاخرى

ثانياً : للاحكام الاجنبية آثار أخرى عدا التنفيذ وتترتب هذه الآثار على الحكم الصادر باشهار الافلاس بدون احتياج لاستصدار أمر بتنفيذه (بند ٣٤٩)

وبناء على ذلك حكمت المحاكم المختلطة بأن الحكم الاجنبى المتمسك به لا من أجل طلب تنفيذه بتوقيع حجز بمقتضاه مثلا ولكن من أجل اثبات أن المتمسك به قد تعين وكيلا للدائنين فى حكم اشهار الافلاس هو حكم لا ضرورة لاشتماله على صيغة التنفيذ المصرية لان الحكم نفسه وهو خال عن هذه الصيغة يعتبر كمستند رسمى مثبت للوقائع التى يقررها وعلى الخصوص للوكالة الرسمية المعطاة لوكيل الدائنين بأن ينوب عن المفلس امام القضاء [2]

كذلك حكم بان حكم محكمة أجنبية باشهار افلاس أحد التجار يجب ان يصدر به أمر التنفيذ من المحاكم المصرية قبل أن يباشر بمقتضاه أى عمل من أعمال التنفيذ والقهر ولكن لا ضرورة مطلقا لامر التنفيذ اذا ما أريد مجرد التمسك به لاثبات ان المحكوم عليه يعتبر ناقص الاهلية بصفته مفلساً ولذلك ترتب على هذا الحكم آثاره القانونية من هذه الوجهة اعتماداً على صفته الرسمية فقط [3]

حقوق الامن فى انجلترا

ثالثاً — فى انجلترا يجوز لكل من يعين وكيلا للدائنين بمقتضى حكم أجنبى أن يضع يده على جميع منقولات المدين الكائنة فى انجلترا ارتكانا الى فكرة ان حكم اشهار الافلاس ينقل ملكية أموال المدين الى الامين أو وكيل الدائنين ، والى فكرة أن المنقولات تتبع الشخص بعكس العقارات [4]

---

(٢) س م ١١ ابريل ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢٦٧
(٣) س م ت ٢ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ٩ ص ٣٩
(٤) راجع شرح الفكرة الاولى فى بند ٤٠٩ والثانية من القواعد القديمة المقررة فى مادة المواريث فى نظرية الاحوال (بند ٢٥٧)

وجوب التعاون بين الدول

رابعاً : قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة فى حكمها المشار اليه فى ص ٥٩٨ هنا بأنه من واجب السلطة القضائية فى كل بلد اذا ما طلب منها الفصل فى المنازعات أن توفق بقدر الاستطاعة بين تطبيق قوانينها واختصاص محاكمها ، وتطبيق قوانين البلد ذى الشأن واختصاص محاكمه ، على أن يكون التفضيل دائماً لقوانين ومحاكم السلطة الاقليمية اذا استحال التوفيق بين القوانين والاحكام المختلفة . وفى هذه القضية لم يكن التوفيق بين القوانين الانجليزية والمصرية ممكناً فحسب بل هو بسيط وسهل . ولذلك قد سمح للمصفى المعين فى انجلترا لتمثيل أصحاب الاسهم بأن يقوم بجميع الاعمال التى كان يصح للمفلس أن يقوم بها ، أى أن يكون له عمل كل ترتيب يجيزه القانون المصرى . ومعنى ذلك أن الحكم الاجنبى باشهار الافلاس يصح أن ينتج آثاره فى مصر اذا مابذلت السلطة القضائية المصرية المعونة المنطوية على الصداقة freindly co-operation فى كل الاحوال التى تكون فيها المعونة ممكنة

والواقع أنه لا يتسنى التنظيم فى موضوع الافلاس الا بالمعاهدات بين الدول ولقد وضع المعهد العلمى للقانون الدولى مشروعاً لتنظيم العلائق الدولية فى مادة الافلاس فى جلسته المنعقدة فى باريس سنة ١٨٩٤ ثم وضع مشروعاً آخر من بعده فى بروسيل سنة ١٩٠٢ ووضع مشروعا آخر لحل تنازع القوانين فى مادة الحقوق العينية فى حالة الافلاس[٤]

ايضاح

٤١٢ — ومن أجل أن تتبين حقيقة الحال فى موضوع الافلاس لا بد من درس ثلاث حالات مختلفة بحسب ما اذا كان الافلاس قد حكم به فى مصر فقط أو فى الخارج فقط أو حكم به فى مصر وفى الخارج فى وقت واحد أو أوقات متقاربة

---

(٤) وهذه المشروعات منشورة كلها فى مجموعة ألبيريك رولان ص ٣٢٢ — ٣٣١

١ : افلاس فى مصر فقط

٤١٣ — الحالة الاولى : الافلاس محكوم به فى مصر فقط . يجوز الحكم بالافلاس فى مصر على الاجانب كما يجوز الحكم به على المصريين كلما كان الخصم أجنبياً أو كلما كان هناك صالح أجنبى فى الموضوع بأن كان للمصرى دائنون أجانب . ويمتد اختصاص المحاكم المختلطة فى الافلاس من باب الاستثناء الى الحكم فى الجرائم الخاصة به من افلاس بتقصير banqueroute simple وافلاس بتدليس banqueroute frauduleuse بصرف النظر عن جنسية الجانى (بند ١٩٢)

من هو تاجر ؟

وأما من حيث القانون الذى يقرر ما اذا كان الشخص المراد الحكم بافلاسه تاجراً أو غير تاجر فهذا هو القانون المصرى باعتباره قانون محل توطن المدين المطلوب افلاسه امام محكمة مصرية (بند ٣٩٩) لأن المحاكم المصرية لا تحكم بافلاس الشخص كما سنذكره حالا الا اذا كان متوطناً فى مصر أو كان على رأس محل تجارى كائن فى الاقليم المصرى

الاختصاص

وأما الاحوال التى تختص فيها المحاكم المصرية بالحكم بالافلاس فهى الاحوال التى يكون فيها المدين متوطناً فى مصر أو يكون له فيها محل تجارى و بناء على هذا المبدأ حكمت محكمة التجارة المختلطة باسكندرية بأن التاجر يعتبر ذا محل أى متوطناً فى كل جهة يكون له فيها محل تجارى مستقل ولذلك يصح رفع الدعوى باشهار الافلاس ضد رئيس فرقة ممثلين impresario متعهد بعمل دورات تمثيلية ، امام محكمة المدينة التى تمثل فيها فرقته وقت اعلان صحيفة دعوى الافلاس[١]

فى الشركات

وفى حالة الشركات الاجنبية التى لها فرع أو فروع[٢] فى القطر المصرى قررت المحاكم المختلطة بصفة مضطردة أن مجرد وجود الفرع يجيز اختصاص المحاكم المختلطة فى الحكم بافلاس الشركة فى مصر : فقد حكم بأن مجرد وجود شركة أجنبية فى

---

[٤١٣] (١) حكم ١٨ ديسمبر ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣

(٢) راجع فى تعريف الفرع بند ٣٣٦

حالة توقف عن دفع ديونها الى الدائنين لأحد فروعها فى مصر يبيح لهؤلاء أن يعلنوا الشركة لسماع الحكم عليها بالافلاس امام المحكمة المصرية الموجود بدائرتها أحد فروع الشركة لأن المنطق يأبى أن تعتبر الشركة ذات شخصيتين مستقلتين مع انها شخص قانونى واحد (٣)

كذلك حكم فى قضية شركة رودوكاناكى رينولدز وشركاهم لميتد بأنه يكفى أن يكون للشركة فرع فى مصر لكى تختص المحاكم المختلطة بالحكم بافلاسها (٤)

وقد أيدت هذه القواعد محكمة الاستئناف المختلطة فقضت بأن المحكمة المختصة بالحكم باشهار افلاس الشركة هى الكائن فى دائرتها مركز الشركة الاصلى وبالنسبة للشركات التى يكون مركزها فى الخارج يكفى وجود فرع لها فى مصر حتى يحكم بافلاسها فيها بالاقل بالنسبة للاموال الموجودة فى مصر (٥)

آثار الافلاس

أما من حيث آثار حكم اشهار الافلاس الصادر من المحاكم المصرية فالمرجع فيها يكون دائماً الى القانون التجارى المصرى والى القانون الجنائى المصرى من من أهلى ومختلط . ويلاحظ أن كثيراً من نصوص قانون التجارة المصرى يرمى الى المحافظة على حقوق الدائنين المقيمين أو الموجودين فى الخارج ويمنحهم المواعيد الكافية للتقديم ولاثبات حقوقهم (٦)

الصلح

وأما من حيث الصلح ، احتياطياً كان أو عقب اشهار الافلاس ، فان القانون المصرى يعتبر آثاره عامة سارية على جميع الدائنين حتى لو كانوا قاطنين فى الخارج (٣٢٨/٣٣٨) وفى الاحكام الحديثة تطبيق هام لهذا المبدأ ، حيث حدث ان حصل أحد التجار الالمانيين فى مصر على صلح أقاله من ٧٠ ٪ من ديونه وكان

---

(٣) حكم محكمة التجارة باسكندرية فى ٢٩ يناير ١٩١٢ جازيت ٢ س ٨٥

(٤) حكم محكمة التجارة باسكندرية فى ٢١ ابريل ١٩١٣ جازيت ٣ س ١٣٨ نمرة ٣٠٠

(٥) س م ٢٤ مارس ١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ٢٦٢

(٦) راجع المواد ٢٨٩ / ٢٩٧ و ٣٦٨ / ٣٨٣ و ٣٦٩ / ٣٨٤

الصلح صحيحاً وملزماً لجميع الدائنين ولكن اثنين من الدائنين الالمانيين تمكنا من الحصول على ما استنزل من ديونهما (٧٠٪) فى المانيا بواسطة حجز أموال المدين هنالك. فأوقع المدين حجزاً تحت يد الغير فى مصر على مالهما لدى هذا الغير بأمر من رئيس المحكمة لاسترجاع السبعين فى المائة التى حصلا عليها بغير حق فى المانيا وقد أقرته على عمله هذا محكمة التجارة بالقاهرة ومحكمة الاستئناف بعد ذلك[٧] وقد جاء فى حكم الاستئناف أن حجة الشىء المحكوم به فى الخارج لا يمكن التمسك بها فى مصر للاخلال بما حكمت به المحاكم المحلية فى نفس الموضوع من قبل: ولذلك فان الدائن الذى تنازل عن جزء من الدين بمقتضى صلح صادقت عليه المحاكم المصرية نهائياً لا يمكنه أن يتمسك فى مصر بحكم أجنبى يقر حقه فى حجز أموال المدين فى الخارج ليحصل منها على المبلغ الذى حصل التجاوز عنه بالصلح ويكون من حق المدين الذى حصل معه الصلح، اذا وجد أموالا لدائنه فى مصر أن يحجزها تحت يد الغير حتى يسترجع المبلغ الذى استولى عليه الدائن فى الخارج بغير حق ولا يكون لهذا الدائن حق فى التمسك بالحكم الاجنبى لأن هذا الحكم يخالف الغرض الذى يتوخاه القانون المصرى المختلط[٨]

افلاس الشركات الاجنبية

ويلاحظ ان الحكم باشهار افلاس شركة مساهمة أجنبية مؤسسة بصفة أصولية فى الخارج لا يترتب عليه افلاس الاشخاص المذكورة اسماؤهم ضمن اسم الشركة متى كان ذكر الاسماء جائز فى القانون الاجنبى الذى تأسست الشركة تحت سلطانه كما هى الحال فى شركات المساهمة الانجليزية التى يصح فيها ذكر اسماء بعض الشركاء أو المؤسسين واتباع الاسماء بلفظ «لميتد»[٩] والسبب فى ذلك ان

---

(٧) الحكم الابتدائى صادر فى ٦ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٤ وحكم الاستئناف فى ٢١ مايو ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٢ نمرة ٤١٦

(٨) لاحظ ان المحكمة قد أخذت هذا التعبير الاخير عن القانون الالمانى نفسه مع تغيير الالفاظ الواجب تغييرها — راجع ص ٢٦٢ آخر بند ٢٦٨

(٩) راجع حكم محكمة التجارة باسكندرية فى أول أغسطس ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٥ تحت لفظ «قانون أجنبى»

الشركات الاجنبية المؤسسة فى الخارج محكومة بالقانون الاجنبي الذى نشأت تحت لوائه (بند ٣٦٤)

الحكم المصرى فى الخارج

أما من حيث آثار الاحكام المصرية الصادرة باشهار الافلاس وما يكون لها من القوة فى الخارج فهذا أمر يختص ببيانه القانون الاجنبي الذى يراد تنفيذ الحكم المصرى أو التمسك به فى اقليمه [١٠]

٢ : افلاس فى الخارج فقط

٤١٤ — الحالة الثانية : الافلاس المحكوم به فى الخارج فقط : اذا حكم بافلاس شخص فى الخارج ولم يكن قد حكم بافلاسه فى مصر أيضا من قبل أو من بعد فيصح ان ينتج عن ذلك آثار خاصة فى القطر المصرى (راجع بند ٤١١) ولكن اذا أريد تنفيذ الحكم الاجنبي باى شكل من الاشكال فلابد من الحصول من محكمة مصرية على أمر بتنفيذه كسائر الاحكام الاجنبية (بند ٣٤٤هـ) ومتى صدر أمر التنفيذ على الحكم الاجنبي فانه ينتج جميع آثاره فى مصر من حيث التنفيذ كما لو كان الحكم مصريا ، ويترتب عليه انه يصح ان يكون مانعا من اشهار الافلاس فى مصر من جديد متى حصل التمسك به فى الوقت المناسب كما يترتب عليه انتقال ادارة أموال المفلس الى الامين أو وكيل الدائنين المعين فى الحكم الاجنبي

غير أن اجراءات الافلاس لا تخرج عن كونها من اجراءات المرافعات أو طرق التنفيذ ولذلك يجب السير فيها فى مصر طبقا للقانون المصرى أمام المحاكم المصرية (بند ٣٣٠) خصوصا فيما يتعلق ببيع الاموال الموجودة فى مصر من منقولات وعقارات ولا يترتب على هذا البيع أى اخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الذين لهم حقوق على عقارات المفلس وحافظوا عليها طبقا للقانون المصرى

الافلاس فى الخارج لا يمنع منه فى مصر

ولابد هنا من الاشارة الى ان الافلاس المحكوم به فى الخارج لايمنع من نفسه

---

(١٠) راجع فيما يتعلق بالقانون الانجليزى فى هذه النقطة بند ٤٠٩ وفيما يتعلق بالقانون السودانى بند ٣٥١ وهو يقرر صراحة ان لا قيمة مطلقا للحكم المصرى فى هذه الحالة وقارن ڤاليرى ص ١٢٩٨ ،،

طلب حكم بافلاس المدين فى مصر بناء على مبدأ جواز تعدد التفاليس الذى أخذت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة (بند ٥٩٨) وان طلب الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى يمكن اعتباره سابقا لأوانه متى شرع فى طلب افلاس المدين أمام المحاكم المصرية كما قدمنا (١)

كذلك حكم بان مجرد صدور حكم أجنبى على شخص مقيم فى مصر باشهار افلاسه لا يمكن ان يعتبر عقبة فى سبيل حصوله على صلح احتياطى فى مصر وذلك ان الحكم الأجنبى غير واجب التنفيذ فى مصر (٢) لذاته و بدون اجراءات

واذا كان شرط التبادل (بند ٣٤٥) غير متوافر فلا يمكن صدور الأمر بالتنفيذ بالطرق المعتادة بل لابد من رفع دعوى أمام المحكمة المصرية بطلب تنفيذ الحكم الاجنبى أو بالحكم بالافلاس بناء عليه

التنفيذ الانفرادى بعد الافلاس

و يلاحظ أخيراً أن الحكم الأجنبى باشهار الافلاس لا يترتب عليه التأثير من تلقاء نفسه على حق الدائنين فى مصر فى مباشرة الاجراءات الفردية ضد الاموال العقارية المملوكة للمدين فى مصر . ولذلك قد حكم بأن الدائن الذى يباشر اجراءات التنفيذ العقارى وهو متمتع بامتياز البائع وفى مركز يسمح له بناء على ذلك بأن لا يعبأ بما يكون من أمر التفليسة نظراً لعدم وجود نص قانونى يوجب عليه ذلك ، ليس مكلفاً أن يعلن ايداع قائمة شروط البيع الى وكيل الدائنين المعين فى الخارج حتى لو علم بحالة الافلاس وقت أن أعلن ايداع القائمة الى المدين وليس لوكيل الدائنين الا أن يتدخل فى التنفيذ العقارى ويطلب تحويل الاجراءات (٣)

---

[٤١٤] (١) حكم اسكندرية المدنية المشار اليه فى بند ٤١٠ حاشية ٦ وقارن بند ٣٤٥ خامسا

(٢) حكم محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة بالتصديق على الصلح الاحتياطى فى ٢٤ يونيه ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٥ تحت كلمة افلاس ومما يؤسف له عدم نشر حيثيات الحكم

(٣) س م ١٨ يونيه ١٩١٤ جازيت ٤ ص ١٧٩ نمرة ٤٣٨ وراجع المادة ٢١٧ .

وأما الصلح الحاصل فى الخارج فانه لا يكون له قوة تنفيذية فى مصر الا اذا صودق عليه أو اعتمد من المحاكم المصرية(٤)

٤١٥ — الحالة الثالثة : الافلاس المحكوم به فى مصر وفى الخارج Concomitance de faillites وهذه الحالة تتحقق فى حالة صدور حكم فى مصر وآخر فى الخارج من بعده أو بالعكس : ففى هذه الحالة تستمر كل تفليسة على حسب قانون المحكمة التى حكمت بالافلاس وتسير كل تفليسة بالاستقلال عن الاخرى وذلك لا يمنع من المساعدة المنطوية على الصداقة فى كل الاحوال التى يستطيع فيها القضاء المحلى أن يساعد ، كما أنه لا يمنع المحاكم المصرية من أن تلتجئ الى معاملة المثل بمثله من أجل احترام تنفيذ الاحكام المصرية (قارن ما جاء فى بند ٤١٣ بخصوص الالمانيين اللذين حصلا على المبلغ المستنزل فى الصلح و بند ٤٠٩ بخصوص القانون الالمانى نفسه بالنسبة للأجانب) ٣ : افلاس فى مصر وفى الخارج

و بديهى أن أهم مسألة تعرض فى حالة تعدد التفاليس فى مصر والخارج هى مسألة توزيع أموال المفلس وكيف تكون مع تعدد السلطات المنظور أمامها الافلاس ومن الواجبات الاساسية منع تمييز بعض الدائنين على حساب البعض الآخر

ولأجل الوصول الى هذه الغاية يستحسن الركون الى طريقة مماثلة للتى اتبعها القانون المصرى التجارى فى المواد ٣٤٨/٣٥٨ ،، المتعلقة بحقوق الدائنين الحاملين سندات ديون engagements ممضاة أو محولة أو مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضاً : وهى أن يدخلوا فى جميع اجراءات

---

٢٢٥ تجارى ولكن هذه لا تسرى الا فى حق الاحكام المصريه أو الاحكام الاجنبية التى صدر الامر أو الحكم بتنفيذها

(٤) قارن ڤاليرى ص ١٣٠٥ ،، وقارن هذا بما مر هنا فى بند ٤١٣ عن الصلح الحاصل فى مصر وفوته بالنسبة للدائنين جميعا والحكمة فى ذلك وجوب اشراف المحكمة المصرية عليه حتى تأمن بالاقل صحته من حيث هو اتفاق بين جزء من الدائنين والمدين وسار على جميع الدائنين الاخرين

التوزيع التى تفتتح بالنسبة لـكل من المفلسين ويكون دخولهم فى كل منها بقدر أصل المبلغ المحرر به السند وما يتبعه الى تمام الوفاء أو الى أن يدفع اليـه كل ما يمكن دفعه

وهذا الحل قد أخذت به محكمة التجارة المختلطة باسكندرية فى حكمها الصادر فى ٢٨ مايو ١٩٢٣[١] فقررت أن مبدأ اقليمية الافلاس territorialité de la faillite (وهو مبدأ التعدد وقصر كل تفليسة على الاقليم الذى حكم فيه بالافلاس) يقضى بتعدد الاجراءات وايجاد روكيات مختلفة بقدر تعدد الجهات التى يصح فيها اشهار الافلاس (محل الشركة وفروعها) ولكن لا يترتب على ذلك تقسيم الدائنين الى طوائف مختلفة بحيث أن من يدخل منهم فى تفليسة لا يجوز له أن يدخل فى الأخرى وذلك لأن مبدأ ضمان جميع أموال المدين لالتزاماته جميعاً، وضرورة معاملة الدائنين بالمساواة يقتضيان تقرير حق جميع الدائنين مهما كان محل نشوء دينهم، فى التقديم فى جميع التفاليس المفتوحة على المدين

وقد قررت المحكمة أن مجرد التخوف من أن المحاكم الأجنبية قد تتبع رأياً آخر فى الموضوع بحيث يختل به ميزان التبادل الذى هو أساس قواعد القانون الدولى الخاص[٢] لا يسوغ لمحكمة مصرية أن تستبعد حلا توجبه المبادئ القانونية الصحيحة

---

[٤١٥] (١) جازيت ١٤ ص ٦٩ نمرة ١١٥ وكان المدين شركة تضامن مركزها الاصلى فى مدينة الاسكندرية ولها فرع فى نابولى فى ايطاليا فحكم باشهار افلاسها فى نابولى فى اغسطس ١٩٢٢ وقدم مركز الشركة باسكندرية دفاتره الى محكمة اسكندرية فى سبتمبر ١٩٢٢ وانتهت اجراءات الافلاس فى ايطاليا بان قبل الدائنون استلام ١٥ ٪ فقط من ديونهم ولـكن المحكمة الايطالية رفضت المصادقة على هذا الصلح — وفى محكمة اسكندرية حصل صلح بين الدائنين والشركة على دفع ٢٥ ٪ من الديون وفى اجتماع الدائنين حضر اثنان من دائنى فرع نابولى وهما فرع بنك روما فى القسطنطينية واتحاد البنوك السويسرية وطلبا نصيبهما فى الصلح مع كونهما من دائنى الفرع وقدما فى محكمة تفليسة الفرع فحكمت المحكمة بقبولهما

(٢) ليس هذا اساس القانون الدولى الآن — راجع بند ١٨ و ٢٢٣ وان كان التبادل للآن شرطاً فى تنفيذ الاحكام فى مصر

المبحث السادس — النقل البحرى

٤١٦ — ندرس فى هذا المبحث القانون الذى يحكم العقود المختلفة التى يمكن أن تحصل بخصوص السفن ولقد بينا الفرق فى الاحكام بين السفن العامة والخاصة فى بند ٦٧ وذكرنا أحكاماً متعددة بخصوص السفن وما يحصل فيها أو بسببها فى بند ٦٩ و٧٩ و١٠١ و١٧٢ و٣٣٨ و٣٤٠ و٣٩٧ و٣٩٨

ومن المفيد هنا بيان القواعد التى وضعها المجمع العلمى لحل الخلاف فى المسائل البحرية ، فى اجتماع بروسيل سنة ١٨٨٥ وهى :

ما يحكم فيه قانون العلم

يفصل فى المسائل الآتية على مقتضى قانون العَلَم Loi du pavillon (١)

١) اجراءات العلنية اللازمة لنقل ملكية السفينة

٢) من هم دائنو المالك الذين لهم أو ليس لهم حق تتبع السفينة فى حالة بيعها

٣) هل يجوز رهن السفينة رهنا تأمينياً أم لا يجوز

٤) ما هى الاجراءات الواجبة لعلنية الرهون التأمينية البحرية

٥) ما هى الديون المضمونة بامتياز بحرى (راجع بند ٣٠٥ هنا بخصوص سفينة يابانية)

٦) ما هى مراتب امتيازات الدائنين على السفينة

٧) ما هى الاجراءات التى يجب على الربان اتخاذها اذا أراد أن يعقد قرضاً بحرياً أثناء السفر

٨) ماهى حدود مسؤولية مالك السفينة بسبب أعمال الربان والملاحين الذين

---

[٤١٦] (١) قانون العلم الذى ترفعه السفينة وهو قانون الدولة التابعة اليها السفينة أو اصحاب السفينة . واذا كانت الدولة صاحبة العلم مكونة من بلاد متعددة يحكم كلا منها قانون خاص كما هى الحالة فى أمريكا وانجلترا فان قانون العلم يكون قانون البلد الذى هو جزء من الدولة ، والذى حصل فيه تسجيل السفينة (دايسى ص ٦٢١ ") قارن ماذكرناه فى بند ٩٦ فان الحالتين متقاربتان

هم فى خدمة السفينة وعلى الخصوص هل يجوز له أن يتخلص منها بالتخلى عن السفينة وعن مشحوناتها

٩) ما هى الاوصاف التى يجب أن تتوافر فى الخسارات البحرية (بند٤٢٢) حتى تعتبر عمومية avarie commune ويشترك فيها أولو الشأن

١٠) ممن تتكون مجموعة من يتحملون الخسارات العمومية خصوصاً من وجهة اشتراك مالك السفينة

المطلب الاول — بيع السفن

٤١٧ — بيع السفينة محكوم بلا شك بقانون العَلَم متى حصل البيع فى الدولة صاحبة العلم و بين اشخاص من رعاياها . فاذا حصل بيع سفينة انجليزية فى ليفربول بين اثنين من الانجليز فهو صحيح اذا تم طبقاً لمقتضيات القانون الانجليزى ولكن الصعوبات تنشأ اذا ما دخل فى الموضوع عنصر أجنبى مثال ذلك اذا حصل البيع فى ميناء أجنبية فان قانون الميناء يحكم هذا البيع طبقاً لرأى بعض المؤلفين كما هو الحكم بالنسبة لبيع المنقولات على العموم فانه محكوم بقانون موقعها (بند ٣٩٨) وذلك لمصلحة الغير الذين يمكن أن يتضرروا اذا لم يعمل البيع طبقاً للشكل المحلى وقد انتقد هذا الرأى انتقاداً شديداً نظراً لكونه لا يقر لسيادة الدولة صاحبة العلم بما يجب لها من الحقوق اذ فى هذه الدولة يحفظ الدفتر الذى يشتمل على بيان حالة السفينة و يجب أن يسجل رسمياً فى هذا الدفتر كل التغييرات التى تحصل فى حالة السفينة

وقد لاحظ القانون المصرى وجوب التسهيل فاجاز حصول البيع فى أى جهة ولكنه اشترط حصوله بموجب عقد رسمى وأمام سلطات معينة مع وجوب تبليغ البيع الى الجهة المختصة حتى تقوم بواجبها هى الاخرى من حيث طلب التسجيل فى الجهة التى حفظت فيها حالة السفينة : فقد نصت المادة الثالثة من قانون التجارة البحرى

المختلط على ان بيع السفينة كلها أو بعضها اختياراً يلزم ان يكون بسند رسمى سواء حصل قبل السفر أو فى اثنائه والا كان البيع لاغيا ويحرر السند المذكور فى محكمة تجارية أو فى أودة التجارة [1] اذا كان البيع فى داخل ممالك الدولة العثمانية العلية وأمام قنصلها اذا كان البيع فى الممالك الاجنبية فاذا لم توجد محكمة ولا أودة تجارة فى محل البيع الذى بداخل ممالك الدولة العلية يجوز كتابة سند البيع أمام حاكم ذلك المحل بشرط حصول الاخبار به الى أقرب محكمة أو أودة تجارة اليه وان لم يوجد قنصل للدولة العلية فى بلد أجنبي تكون كتابته أمام القاضي أو الموظف المختص بذلك فى المحل بشرط حصول الاخبار به الى اقرب قنصل للدولة العلية

وتنطبق هذه المادة على بيع السفن العثمانية فى الخارج وهذا بالنص الصريح كما تنص على بيع السفن الاجنبية فى الديار العثمانية وهذا ظاهر من استعمال لفظ « أودة تجارة » بجانب محكمة التجارة : الاولى للسفن الاجنبية والثانية للسفن العثمانية ويظهر أنها تسرى ايضاً فى كل الاحوال التى يكون فيها أحد العثمانيين طرفا فى البيع اذا حصل فى الخارج

وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن بيع السفينة فى البلاد العثمانية يعتبر باطلا اذا لم يقع طبقاً للقانون العثمانى المشتمل على نفس النصوص الموجودة فى القانون المختلط [2].

أما دائنو صاحب السفينة فلهم فى القانون المصرى حق من نوع خاص بمقتضاه يستطيعون أن يحجزوا على السفينة بالرغم من البيع الاختيارى الذى توقع عليها أى

---

[٤١٧] (١) النص الفرنسى Chancellerie commerciale والترجمة العربية أودة التجارة والمقصود هنا ان يحصل البيع فى محكمة التجارة اذا كانت السفينة عثمانية وفى أودة التجارة اذا كانت أجنبية وقد اكتفى القانون الاهلي بالنص على تحرير السند امام المأمورين العموميين الذين من خصائصهم ذلك .

(٢) س م ١٣ يناير ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ٨٧

بالرغم من انتقال ملكيتها لشخص ثالث ، وتباع بعد ذلك لسداد الدين المطلوب للدائنين الحاجزين بشرط أن يكون الدين ناشئاً عنها ولذلك تكون السفن ضامنة لوفاء ديون بائعها خصوصاً الديون المصرح فى القانون بامتيازها على غيرها (٤/٤ تجارى بحرى)

وهذا الحق ثابت فى مصر على كل السفن بصرف النظر عن جنسيتها وذلك لمصلحة الدائنين الذين يريدون مباشرة البيع فى مصر (٣)

المطلب الثانى — مشارطات الاقتراض البحرى

Des contrats à la grosse
Contracts of Bottomry and Respondentia

٤١٨ — مشارطة الاقتراض البحرى هى عقد به يقرض مبلغ على السفينة وحدها (ويسمى بالانجليزية Bottomry) أو على مشحوناتها (ويسمى بالانجليزية Respondentia) أو عليهما معاً (ويطلق عليه مجموع الاسمين بالانجليزية ويطلق على الجميع لفظ واحد بالفرنسية وهو contrats à la grosse) بشرط أنه اذا هلكت أو تلفت تلك الاشياء الضامنة لوفاء المبلغ المقرض بحادثة بحرية يضيع على المقرض المبلغ المذكور مع ارباحه المتفق عليها الا اذا أمكنه أن يستوفى حقوقه مما تخلص منها وأما اذا وصلت الى بر السلامة فيدفع له المبلغ مع أرباحه البحرية أعنى مع فوائده المتفق عليها ولو بسعر أزيد من السعر المقرر فى القانون (١٤٩/١٤٩ تجارى بحرى)

وتبين المادتان ١٥١ و١٥٢ تجارى بحرى القواعد المتعلقة بشكل هذا النوع من العقود البحرية ولحواهما أنه يجوز حصوله بسند رسمى أو غير رسمى فاذا كان رسمياً فيحرر فى ممالك الدولة العلية العثمانية امام الموظف العمومى الذى يختص

---

(٣) قارن ڤاليرى ص١٣١٦ وراجع سم ٤ ابريل ١٩٠٦ مجت م ١٨ ص١٨١

بذلك (فى المختلط : أمام أكبر الحكام المحلية أو نائبه) وفى البلاد الاجنبية امام قونصلاتو الدولة العلية وان لم يوجد فامام الحاكم المحلى الذى من خصائصه ذلك على حسب الرسوم المعتادة . واذا كانت مشارطة الاقتراض معمولة بسند غير رسمى فعلى المقرض القرض البحرى أن يصدق عليه ويسجله فى ظرف الايام العشرة التى تمضى من تاريخه امام المحاكم المبينة فى المادة السابقة على حسب الحال والاحوال

هذا فيما يتعلق بالعقود الخاصه بالقرض على السفن العثمانية أو الحاصلة فى البلاد المصرية . أما فيما يتعلق بالعقود الحاصلة بشأن سفن أجنبية فى الخارج فان القانون الذى يجب اتباعه هو قانون العلم [1]

المطلب الثالث — حجز السفن

٤١٩ — هذا لا يكون الا طبقا لمقتضيات قانون الجهة التى توجد فيها السفينة ولكن يلاحظ انه لا يجوز حجز سفينة فى القطر المصرى اذا كانت متأهبة للسفر الا اذا كان من أجل ديون مقترضة للسفر المتأهبة له ولكن التكفل بتلك الديون فى هذه الحالة يمنع الحجز وتعتبر السفينة متأهبة للسفر اذا كان قبودانها حاملا أوراق المرور للسفر (٢٩ / ٢٩ تجارى بحرى) وهذه القاعدة تسرى على السفن الاجنبية كما تسرى على السفن العثمانية [1]

واما الامتيازات التى تكون للدائنين على السفينة فقد اختلف فى القانون الذى يجب ان يتبع من أجل المحافظة عليها وطرق اثباتها والترتيب الذى يتبع بينها فرأى البعض أن قانون الجهة التى توجد فيها السفينة هو الذى يحكم فى ذلك كله ويرى البعض الآخر ان الحكم فى هذه المسائل هو لقانون العلم دون غيره وبهذا المعنى

---

[٤١٨] (١) قارن ڤاليرى ص ١٣١٨

[٤١٩] (١) بعكس ذلك يقرر ڤاليرى وكثيرون معه ويجعلون هذا الامتياز للفرنسيين فى فرنسا فقط دون الاجانب : ڤاليرى ص ١٣٢٢

قرار المعهد العلمي للقانون الدولى وهو معقول جدا لان نتيجته خضوع كل هـذه المسائل لقانون واحد معروف من قبل وهو قانون جنسية السفينة (٢)

المطلب الرابع — مشارطة ايجار السفن

Charles - parties, affrètement, ou nolissements

٤٢٠ — يسمى العقد الذى بمقتضاه يؤجر صاحب السفينة armateur سفينته أو جزءا منها لآخر « سند الايجار » contract of affreightment أو charterparty أو باى اسم من الاسماء الفرنسية السابقة وقد تكلمت عنه المادة ٩٠ / ٩٠ تجارى بحرى وما بعدها

يجب التساؤل الآن عن القانون الذى يحكم هذا النوع من العقود المهمة :

يرى دايسى ان القاعدة العامة هى خضوع آثار عقد اجارة السفينة وما يتفرع عنه الى قانون العلم و يستثنى من هذا الحكم حالة ظهور نية المتعاقدين بشكل من الاشكال نحو اختيار قانون آخر غير قانون العلم وقد يفهم ذلك من الالفاظ المستعملة فى العقد أو من موضوع العقد أو من الظروف التى تعاملا فيها وهذا تطبيق خاص للمبدأ العام المقرر فى بند ٣٩٣ ومعنى ذلك ان الطرفين يعتبران قد قصدا دائما الخضوع لقانون الدولة التابعة اليها السفينة والدليل عليه هو العلم الظاهر فى أعلى جزء من السفينة ولكن اذا أمكن اثبات ان الطرفين قد تفاهما ولوضمنا على ان يكون العقد محكوما بقانون آخر فيتبع هذا القانون الذى اصطفته ارادتهما ومثال ذلك اذا أجر جماعة من الانجليز سفينة ألمانية فى ميناء ألمانية واستعملوا عقد ايجار من العقود المطبوعة فى انجلترا وكانت الموانى التى ستمر بها السفينة لأخذ البضاعة وتفريغها انجليزية فان العقد يكون محكوما طبقا للقانون الانجليزى فى حالة حصول النزاع مثلا بخصوص التأخير فى تفريغ الشحنة (١)

---

(٢) قارن ڤاليرى بند ٩٦٠ ص ١٣٢١ وهو يقول بقانون الجهة التى توجد فيها وراجع رأى المجمع العلمى فى بند ٤١٦ وحكم محكمة المنصورة المختلطة فى بند ٣٠٥

[٤٢٠] (١) قارن دايسى ص ٦٢٤ ثالثاً

ومع ذلك فان طريقة عمل بعض الامور بناء على عقد ايجار السفينة (مثل شحن او تفريغ البضائع) يصح ان يحكمها قانون الجهة التى حصل فيها العمل[٢]

هذا ومن المقرر دائماً أن سلطة الربان فى التصرف بالنسبة للبضائع المحمولة على السفينة طول مدة السفر والطرق التى بها يستعمل هذه السلطة محكومة كلها بقانون العلم مثال ذلك سفينة ايطالية مؤجرة لشحن بضائع انجليزية من البرتغال الى انجلترا وقد اضطر الربان الى الاقتراض على السفينة والشحنة فهذا القرض محكوم بالقانون الايطالى وهو قانون العلم بالرغم من أن عقد الايجار يكون خاضعاً لحكم القانون الانجليزى الذى اتفق عليه ؛ كذلك سفينة المانية تحمل بضائع من سنجابور الى لندن وهذه البضائع مملوكة لتجار انجليز وسند الايجار من السندات المطبوعة طبقاً للقانون الانجليزى وفى أثناء السفر اضطرت السفينة الى الالتجاء الى أقرب ميناء بسبب عطب حل بها وهناك باع الربان بعض البضائع فهذا العمل خاضع للقانون الالمانى وهو قانون العلم دون القانون الانجليزى وهو قانون عقد الاجارة[٣]

النقل البحرى الدولى

٤٢١ — التعهد بالنقل البحرى من بلد الى بلد transports maritimes internationaux تتوقف آثار عقد النقل على العموم سواء كان تعهداً بنقل أشخاص أو بضائع ، وسواء كان النقل بطريق البحر فقط أو بطريق البحر والبر ، كما فى سائر العقود ، على القانون الذى قصده المتعاقدان وهو عادة قانون البلد الذى عمل فيه[١] ويكون تفسيره بمقتضى هذا القانون ومع ذلك يجب أن يلتفت الى

---

(٢) دايسى ص ٦٢٥

(٣) دايسى ص ٦٢٦ تحت الامثلة

[٤٢١] (١) ويرى بعض المؤلفين والمحاكم أنه يتوقف على قانون علم السفينة ويصح أن يكون هذا القانون هو الذى اختاره المتعاقدان وبناء على هذه الفكرة رأى المجمع العلمى خضوع العقد فى هذه الحالة لقانون صاحب السفينة (ص ٥٦٨ نمرة ١٠ هنا) وانتقد ڤاليرى هذا الرأى لكونه يجعل صاحب السفينة فى مركز ممتاز عن المتعاقد الآخر ولكن المقرر أن العبرة بارادة المتعاقدين على كل حال (قارن ڤاليرى بند ٩٦٦ ص ١٣٢٨) .

ويقول دايسى ان هذا الموضوع محاط بالشكوك المريبة (ص ٦٢٧ منه)

الظروف الخاصة مثال ذلك انه فى حالة سكوت المتعاقدين عن الكيفية التى يقوم بها كل منهم بما يجب عليه فى الميناء المقصودة ، يكون من الطبيعى أن تتبع القوانين والعادات السارية فى هذه الميناء[٢]

كما أنه فى كل ما يتعلق بالحوادث الحاصلة فى بلد معين أثناء السفر يصح أن يكون الحكم فيها طبقاً لقانون الجهة التى وقع فيها الحادث مثال ذلك: حصل شخص فى باريس على تذكرة سفر من باريس الى لندن لنقله هو وأمتعته على أن يكون السفر من باريس الى كاليه فى شركة سكة حديد فرنسية ومن كاليه الى دوفر بباخرة بريطانية ومن دوفر الى لندن بقاطرة بريطانية فأصيب بجرح فى آميان فى فرنسا وضاعت أمتعته بسبب اهمال خدمة الشركة الفرنسية فبصرف النظر عن القانون الذى يحكم عقد النقل يعتبر ما يتعلق بالحادث محكوماً بمقتضى القانون الفرنسى[٣]

المطلب الخامس — تسوية الخسارات البحرية

Règlement des avaries. Average Adjusiment

٤٢٢ — الخسارات البحرية هى الاضرار أو الخسائر التى تنتج عن تضحية تعمل عمداً لاجل انقاذ السفينة والمحافظة عليها هى ومن عليها وما عليها من الاخطار وسواء كانت الخسارة ناشئة عن القاء بعض البضائع فى البحر أو قطع بعض اجزاء السفينة أو كسرها أو القائها فى البحر أو صرف مصاريف استثنائية لنجاة السفينة فان هذه التضحية الحاصلة لفائدة الجميع أو لفائدة البعض يجب أن تعوض باشتراك الجميع فى الخسارة أو اشتراك من عاد عليهم نفع منها بحسب الاحوال . ويفرق القانون المصرى بين الخسارات الكبيرة أو العمومية avaries grosses ou communes والخسارات الصغيرة أو الخصوصية avaries simples ou particu-

(٢) ڤاليرى بند ٩٦٧ ص ١٣٢٩ ودايسى ٦٢٦ ،،

(٣) دايسى ص ٦٢٧ و٦٢٩ وراجع ما سيأتى بخصوص النقل بطريق البرق بند ٤٢٣

